
3 1761 09622335 9

EBERHARDI CHRISTOPHORI
CANZII
I. V. Lic. ET SVPR. APPELL. TRIB. WVRT.
CAVSAR. PATRONI

TRACTATIO SYNOPTICA
DE

PROBABILITATE IVRIDICA

SIVE DE

PRÆSVMTIONE,

EXHIBENS

VERAM EIVS DEFINITIONEM, DIVISIONES GENVINAS, REGVLAS DIIVDICANDORVM GRADVVM PROBABILITATIS, ET MODVM EASDEM RITE ADPLICANDI.

TVBINGAE
SVMTIBVS IOH. GEORG. COTTÆ.
MDCCLI.


BIBLIOTHEK ZU HEIDELBERG



PRAEFATIO
AD LECTOREM!



Novus jam in lucem prodit Libellus, novus Auctor! Ita fert ſane Seculi hujus injuria, ut vanum illud atque inane gloriæ

quovis modo captandæ ſtudium tot luxuriantis ingenii proferat portenta.

Scribimus indocti doctique &c.

Quid mirum! quod, ex peſſimo hoc fonte, tot & tanta literarum incrementis objiciantur impedimenta, naſcantur diſſenſiones Eruditorum, Virique Eruditiſſimi & maxime de re literaria meriti ſæpe plurimum temporis corrigendis hujusmodi interſtrepentium nævis atque erroribus impendere, atque ita veritatem ab erroribus vindicare debeant? Quid mirum! quod ſagaciores jam dudum inſignem hunc ſcribendi furorem, liceat tantiſper hoc vocabulo uti, deriſerint? Haud ignoro, quid hinc inde haud illepide de vano hoc Au-

ctoris

ctoris titulo ſenſerint Viri eruditi; quo quippe effectum eſt, ut in tantam molem excreverint ſcripta, vel unico ſeculo edita, ut illis ex uno loco in alterum transvehendis vix centena ſufficerent vehicula. Fateor ſane, me, ne ſimilis temeritatis notam incurrerem, diu dubitaſſe, num libellum huncce publice divulgare vellem? eoque magis ancipitem fuiſſe, quod non, ut ſæpe contingere ſolet, aliorum Virorum gravium atque eruditorum ſuaſiones atque adhortationes accedebant, &, ut verum fatear, facile prævidere poteram, fore, ut hujusmodi primitiæ vix quemquam reperirent, qui impreſſionis ſumtus in ſe ſuſciperet, neque tamen contra a me ipſo impetrare

poteram, ut ſumtus hujusmodi ipſe ferrem, quippe quos valde inanes fore facile conjiciebam. Cum vero forte fortuna in aliquem inciderem, qui rei periculum in ſe ſuſcipere ſpondebat, & ex altero latere conſiderarem, in tanta copia unum alterumve libellum neminem nimis gravaturum eſſe, &, ſi ex rationibus allegatis quisque a ſcribendo deterreatur, fore, ut nullus unquam amplius ſcriptor in lucem prodeat, adeoque & utiliſſima ſæpe cum inutilibus nobis incognita prorſus maneant; ſatius tandem judicavi, ut & ſupervacanea, vel & trita quandoque, publici juris fierent, quam ut plane nihil in publicum prodiret, cæterum judicium, an aliquid,

an

an nihil præstiterim? B. L. relicturus. Interdum enim & olitor bona verba locutus est. Interim persuasissimus sum, fore, ut, si vel omnia displiceant, libelli tamen titulus ad unius vel alterius palatum sit, & Materia ipsa dignissima ab omnibus habeatur, quæ ulterius ab eruditis evolvatur. Accessit & alia ratio, quæ ad scribendum me non parum invitavit; multi hujus vel illius subjecti capacitatem ex eo metiuntur, si publica jam edidit specimina, nec &, deficiente forte occasione, aliter judicare possunt; de ignotis enim quis judicabit? & his igitur, qui forte promotorum loco sunt, obtemperandum est.

Cæterum, si cui scribendi genus minus

elegans, nec hodierno guſtui, qui ita comparatus eſt, ut cum ſoliditate Lectionem, (Lecture) conjunctam eſſe, & recte quidem, cupiat, ſatis adtemperatum eſſe videatur, ignoſcat, rogo, partim ætati, partim practicis occupationibus; ab Advocato enim, in medio fori pulvere, ſingularem elegantiam poſtulare, nimis ſane durum foret. Vale igitur Lector! & fave

AVCTORI.

Dab. Tub. d. 4. Martii
1751.



Q. D. B. V.

CAP. I.

DE DEFINITIONE PRAESVMTIONIS.



Cum omnibus iis, qui Thema quoddam, sive Juridicum, sive aliud quodcunque, sibi pertractandum proponunt atque præsumunt, id potissimum curæ esse debeat, ut genuinum rei, de qua sermo est, tradant conceptum, hoc est definitionem ejus exhibeant, ex qua quippe, tanquam fundamento & basi, omnia reliqua pendent ac per se quasi fluunt; & nobis, de probabilitatibus juridicis sive præsumtionibus acturis, id ante omnia incumbere videtur nogotii, ut in veram præsumtionis inquiramus notionem, & de vera quadam ejus definitione simus soliciti, cui deinde reliqua faciliori quodam negotio superstrui queant, ne forte nimis vocabulis intenti diversissimos revera conceptus inter se confundamus, & in eum scilicet, communem quoque practicorum quorundam, præsertim veterum, incidamus errorem, qui, de præsumtionibus scripturi, omnes fere LL., in quibus hoc vocabulum reperere, exscripserunt, & hoc facto ea sæpe ad præsumtiones retulerunt, quæ tamen minime eo fuissent referenda. Introitus.

 Not.

Not. Orta inde videtur notissima illa præsumtionis divisio in præsumtiones hominis, juris, ac juris & de jure, quæ posterior tamen, quam male præsumtionibus accenseatur? ex infra deducendis patebit; evolvatur interim huc Exc. Bœhmer, Diss. de Collis. præsumt. c. 1. §. 6. sq. ubi totam hanc divisionem, quippe ex nimio quodam vocabulorum captandorum studio ortam, egregie refutat. add. Thomasius, Diss. de præsumt. furoris, §. 2.

§. 2.

Usus materiæ.

Præsumtionum materia quantum in jure præstet usum, nemo sane erit, qui ignoret, si saltim innumera fere, quæ de hac materia in lucem prodierunt, scripta considerare, præsertim vero immensam fere, ut ita loquar, operam perpendere velit, quam veterum quidam, non plane sine omni fructu, huic materiæ excolendæ impenderunt.

Mascardus, Menochius præsertim, Card. Mantica, Pacianus, Alciatus, Ant. Faber in conjecturis. Oldus, Boichius, aliique complures; nec hoc sane absque ratione; cum enim JCti officium consistat tum in cognitione & explicatione LL., quum in earum etiam præcipue recta adplicatione ad casus propositos, facile patet, JCtum ante omnia de facto ejusque veritate, quod scilicet in Syllogismo quocunque practico minorem efficit propositionem, siquidem cum Logicis loqui liceat, solicitum esse debere, adeo, ut JCtos æque Doctores Facti, ac juris, esse deceat; per notum illud: tibi non jus, sed probatio, deficit, in L. 30. ff. de test. tut.

§. 3.

Necessitas præsumtionum.

Cum autem plerumque casus sint tam intricati, ut judex maxime ob defectum probationis, quid judicandum sit? Summopere hæsitet; cum porro inter centenos casus vix unus vel alter detur, in quo judex plenam facti certitudinem, juridice talem, (quæ quid sit? infra definietur) habere possit; fieri sane non potuit, quin recurreretur ad præsumtiones, quæ quippe judici in casibus dubiis veritatum, si quidem ita loqui liceat, interimisticarum loco essent, & causis obscuris in facto & incertis decidendis inservirent.

§. 4.

Præsumtionibus locus est, deficiente plena certitudine facti.

Apparet exinde, præsumtiones, deficiente certitudine & veritate facti plena, in subsidium adhiberi, adeoque minus involvere, quam veritatem; hinc primo evolvamus, quid sit veritas, & deinde, quid dicatur minus, quam veritas omni

ex

ex parte abſoluta? quo facto facili negotio definitionem præſumtionis, & analytice quidem, inveſtigabimus.

§. 5.

Ratio eſt, ex qua aliquid intelligitur. Quid ſit Ratio?

Not. Si dubitas, evolve Ill. & Exc. Dn. Bilfingerum, in Dilucid. Philoſ. S. 4. c. 4. §. 60. p. m. 526. ubi allegat Ill. Wolffium, in Metaphys. Germ. §. 29. add. Parens meus, Ontol. Polem. c. 1. §. 3. idem de Civit. Dei, ſect. 1. c. 1. §. 90.

§. 6.

Ratio igitur ſufficiens eſt, ex qua res plene intelligitur, ita ſcilicet, ut pro iſto fine ac ſcopo nihil relinquatur, quod non intelligamus. Quid Ratio ſufficiens.

Not. Evolvatur iterum Parens meus, de Civit. Dei, S. 1. c. 2. §. 91.

§. 7.

Hinc veritas eſt, cujus datur ratio ſufficiens. Quid veritas?

NB. Evolvi omnino huc iterum meretur Excell. Dn. Bilfinger, in d. Dilucid. Philoſ. ſect. II. c. II. §. 162. p. m. 161. ubi ita: „Intelligitur vero ex iis„dem principiis porro, quid ſit illud, quo veritatem factorum agnoſci„mus, & a fictione ſomniorum diſtinguimus? Oppoſita hic facile intelli„guntur per oppoſita; Somnia inde agnoſcimus, & negamus factam eſſe „rem, ſed eſſe viſam ſolum fieri, quando hiat alicubi nexus rerum: *Si „res illæ, quæ videntur fieri, vel ſui rationem non habent ſufficientem in vi„ſionibus anterioribus, vel inter ſeſe non habent ſuæ ſucceſſionis ſufficientem, „vel viſa poſteriora non habent in ipſis. Sin Phænomena ſint ejusmodi, ut „antecedentia ſemper rationem in ſe habeant ſufficientem conſequentium: ju„dicamus, illa revera ſic exiſtere.* Foret hoc argumentum, quo oſtendi „poſſet, omnes homines, naturali judicio, quotiescunque ſomnia a factis „diſcernunt, agnoſcere hanc propoſitionem, quod in mundo omnia cohæ„reant; *quæcunque enim non cohærent, vocant ſomnia, putant non facta, „ſed viſa ſolum*, &c. hactenus Vir Illuſtris, ubi noſtram hanc definitionem confirmat, imo ſtabilit.

Add. B. Dn. D. Elias Camerarius, in annot. Medicis ad Thomas. Diſſ. de præſumt. fur. & dement. pag. 21.

§. 8.

Non differt hæc noſtra veritatis definitio ab illa, qua veritas dicitur ordo eorum, ex quibus res intelligitur. (*a*) Ubi enim talis eſt ordo, ex quo res plene intelligi poteſt, ibi eſt ratio ſufficiens. (§. 6.) Ubi autem eſt ratio ſufficiens, ibi eſt veritas. (§. 7.) Convenientia hujus definitionis cum aliis.

Tantum igitur abeſt, ut hæc noſtram definitionem deſtruat, ut potius illam omni modo confirmet, imo ſupponat, noſtra

vero ad præſentem, quem jamjam nobis propoſuimus, ſcopum magis immediate referatur atque adcommodata ſit.

Not. (*a*) conf. Parens noſter, in Diſcipl. moral. in append. c. 17. §. 210. pag. 1330.

§. 9.

Dicitur hæc abſoluta reſpectu veritatis juridicæ.

Et hanc, quam demum deſcripſimus, veritatem, cum omnibus diſciplinis communis ſit atque generalis, appellabimus tantiſper veritatem abſolutam, contradiſtinguendo nimirum eam veritati juridicæ ſpeciatim tali, quam infra definiemus, & quæ ſaltem certo reſpectu veritas dici poteſt.

§. 10.

Veritas abſoluta non admittit gradus.

Cum igitur verum abſolute ſic dictum, quod modo deſcripſimus, ſupponat rationem ſufficientem ex omni parte plenam, facile intelligitur, veritatis abſolute talis nullos dari gradus; quodſi enim hujus veritatis ſupponerentur gradus, alterum magis verum eſſet altero, adeoque contra hypotheſin alterius non ex omni parte adeſſet ratio ſufficiens; id, quod repugnaret definitioni veri. (§. 7.)

§. 11.

Quædam veritas cognoſcitur a priori mediantibus ratiociniis. Quædam a poſteriori intervenientibus ſenſibus.

Alia jam veritas verſatur circa propoſitiones generales, & conſtituit objectum cognitionis humanæ certo reſpectu a priori, quam ſcilicet nullis intervenientibus ſenſibus dignoſcimus, alia circa veritates individuas & particulares, quam nonniſi intermediis ſenſibus noſtris percipimus, & ad hanc potiſſimum ſpeciem referuntur facta, quæ ex parte conſtituunt objectum JCti & Judicis.

§. 12.

Veritas abſoluta in foro haberi nequit.

Cum autem Judex neutiquam eſſe poſſit omnipræſens, neque per proprios ſenſus ipſe certior fieri poſſit, imo ſi fieri poſſet, id ideo tamen Reipublicæ non conduceret, quia ita occaſio infinitis iniquitatibus præberetur, ſi judex ſecundum propriam Conſcientiam judicare, & hoc modo judicis & teſtis officio una eademque vice fungi vellet: (*a*) intelligitur ſane veritatem abſolute talem a poſteriori, quæ judicem in definiendis litibus inſtruere poſſet, dari non poſſe, quæ quippe omnibus, omni loco ac tempore, ſatis explorata eſſet; ſi enim vel maxime unus vel alter ſit teſtis ocularis, adeoque huic vel illi veri-

veritas ſit explorata & illius reſpectu abſoluta, nondum tamen omnibus, qui forte facto non interfuerunt, illius aſſertio eſt ratio ſufficiens, ex qua rem cognoſcant & explorato credant.

Not. (a) Hinc nota illa atque ſæpius inter JCtos agitata quæſtio: Num judex ſecundum propriam conſcientiam, an vero ſecundum acta & probata judicare teneatur? quam aliâs occaſione L. 6. §. 1. ff. de offic. Præſid. formare ſolent DD. Quidam negant hoc caſu ſecundum acta judicandum, ob alleg. Legis prima verba: veritas rerum erroribus geſtarum non vitiatur. & L. 3. §. 2. fin. ff. de teſtib. ubi dicitur, Judicem æſtimare debere ex animi ſui NB. Sententia, quid ſibi probatum credat, aut non credat. Et huic ſententiæ adſtipulari videntur Lauterbach, Coll. Theor. Pract. tit. de Offic. Præſid. §. 2. & tit. de probat. §. 41. Caſp. Ziegler, in Dicaſt. concl. 35. tot. alii putant omnino, non attenta propria ſcientia explorata, ſecundum acta & probata judicandum eſſe, allegantes hunc in finem modo dict. L. 6. §. 1. de Offic. præſid. in verbis ſeqq. inter quos Covarruvias, Jac. Cujacius, & multi alii, allegati a Zieglero, d. l. §. 9. nobis media ſententia magis arridet, qua judici non quidem contra conſcientiam agendum, verum etiam non contra acta judicandum, ſed potius, ſi fieri poteſt, judicis munus, quoad illum caſum, deponendum eſſe arbitramur. Cum enim hic judex non ſui tantum, ſed univerſi cauſa judicet, quod hac convictione per proprios ſenſus deſtituitur, cujus univerſi utilitas in eo verſatur, ut cuique ſuum reddatur, & ex talibus fundamentis judicari debet, quæ ab omnibus agnoſcuntur, jam vero judicis tanquam unius hominis teſtimonium, quamvis ille certitudine abſoluta factum cognitum habeat, reliquis tamen haud ſufficit, adeoque plurimi ſententiam pro injuſta habituri ſunt. Adde, quod hoc modo judices, ſi debita religione deſtituerentur, ampliſſimam nanciſcerentur occaſionem, pro proprio lubitu ſententiam ferendi, nec modus inquirendi in talem ſententiam, juſta ſit, nec ne? Civitati relinqueretur, quod abſurdiſſimum foret dictu; neque vero ex altera parte a judice jure quodam poſtulari poteſt, ut ſecundum acta judicando propriam offendat conſcientiam; hinc tutiſſimum eſſe arbitror, ſi judex, depoſito judicis officio, teſtis per tempus partes in ſeſe ſuſcipiat; nec, meo judicio, huic ſententiæ obſtant Leges ſupra citatæ; dicta enim Lex 6. §. 1. ff. de offic. præſid. nihil innuit, niſi hoc, quod ſcilicet error in negotio quodam contrahendo commiſſus veritati nihil detrahat; idquod & ex L. 57. ff. de obl. & act. patet, adeoque ex hoc concludit Ulpianus, quod error probari debeat, & quod judex omnino ad hoc reſpicere debeat, num error revera probatus ſit, nec ne? modo ſcilicet ordinario, de eo vero, quod judex poſthabitis probationibus ex propria conſcientia judicare poſſit, plane nihil exprimit; neque magis probat all. L. 3. §. 2. fin. ff. de teſtib. quæ quippe ſaltem judicem ex actis & probationibus jam abſolutis æſtimare jubet, quid jam pro probato habeat, nec ne? adeoque magis judicem ad acta remittit. Sed transeat hoc.

§. 13.

In foro itaque ſufficit minor gradus certitudinis.

Factorum veritatem abſolute talem in communi vita dari vix ac ne vix quidem poſſe, ita ſcil. ut hæc facta omnes & ſinguli

guli ſimul propriis ſenſibus perciperent, ſupra evicimus. (§. 12.) quod cum ita ſit, omnino neceſſe eſt, ut minori gradu certitudinis ſimus contenti, hoc eſt, ut, licet non omnimodam atque omni ex parte ſufficientem rationem facti reddere poſſimus, aliqua tamen ratione ſimus contenti

§. 14.

Definitio probabilis.

Verum eſt, quod ſui habet rationem ſufficientem, probabile habet aliquid ex vero, quamvis nondum plena veritas ſit. (§. 4.) ergo probabile eſt, quod quidem ſui habet rationem, ſed nondum omni ex parte ſufficientem.

§. 15.

In foro obtinet probabilitas.

Cum in communi vita pauciſſimorum factorum ſufficiens ratio reddi poſſit, quæ ſcilicet omnibus omnique loco & tempore ad factum cognoſcendum ſufficiat, (§. 13) ſed aliqua ratione ſaltem contenti eſſe debeamus; ſequitur, ut judici in communi vita de factis nonniſi probabiliter conſtare poſſit. (§. 14.)

§. 16.

Veritas juridica definitur.

Quod cum ita ſit, neceſſe eſt ſane, ut certus probabilitatis gradus a LL. determinetur, (*a*) qui in negotiis hujus vitæ expediendis & litibus decidendis hactenus pro veritate habeatur, qui gradus probabilitatis vocatur veritas Juridica.

Not. (*a*) Hinc facile apparet, a Legislatore prudente talem determinandum eſſe gradum, qui ex altero latere non nimis remotus, adeo, ut parum rationis adſit, ex qua res cognoſci queat, ex altero vero latere non ita comparatus ſit, ut probatio reddatur nimis difficilis, id, quod iterum quàm-maxime juſtitiæ adverſatur; Satius enim eſt negotia citius expediri, licet non undiquaque omnia etiam minutiſſima ad vivum reſecentur, & inter multos caſus unus ſit, quo injuriam aliquam privatus quidam patiatur, quam ob nimis rigidas probationes plurimos a jure ſuo arceri, & malitiæ januam aperiri.

§. 17.

Probabilitatis dantur gradus.

Cum verum abſolute ſic dictum ſupponat rationem ſufficientem, facile eſt intellectu, veritatis abſolutæ nullos dari gradus. (§. 10.)

§. 18.

Contra cum probabile ſit, quod habet quidem, ſed non ſufficientem ſui rationem, (§. 14) ſequitur, ut probabilitatis dentur

dentur gradus; quo plures enim vel graviores pro re aliqua militant rationes, eo major eſt probabilitatus gradus.

§. 19.

Veritatem juridicam ſupra definivimus per certum probabilitatis gradum a LL. determinatum, ut in litibus decidendis pro vero habeatur, (§. 16.) quodſi jam probabilitatis dantur gradus, (§. 18.) etiam veritatis juridicæ neceſſe eſt dentur gradus. Igitur & veritatis juridicæ.

§. 20.

Qui veritates diſtincte repræſentat, dicitur demonſtrare. Quid ſit demonſtrare?

§. 21.

Qui igitur veritatem facti judici diſtincte repræſentat, dicitur demonſtrare vel, uti loquuntur, probare. Quid juridice demonſtrare vel probare?

§. 22.

Eſt itaque probatio repræſentatio veritatis Facti cujusdam judici facta, per argumenta juridice certa. Definitur probatio.

Not. at, inquis, quid igitur ſibi vult nota illa probationis diviſio in plenam & ſemiplenam? Quodſi enim probatio per definitionem ſupponit veritatem, hoc eſt ad minimum rationem ſufficientem juridice talem, quî igitur fieri poteſt, ut detur ſemiplena probatio, hoc eſt ratio ſufficiens non plene ſufficiens? nonne hoc eſt repugnantia ſtatuere? non omnino ſua ſpecie deſtituitur objectio; ſed ſemiplenam probationem valde improprie probationis nomine venire, ex eo patet, quod partim hæc judici non plenam fidem facit, neque ex ſola ſemiplena probatione nullis concurrentibus aliis adminiculis vel juramento in ſupplementum, quod vocant, aliquis condemnari poteſt, vid. L. 3. §. 6. ff. de teſtib. B. D. Lauterbach, Coll. Theor. pract. tit. de probat. partim inde facile perſpicitur, quod, ſi ſemiplena probatio proprie pro ſpecie probationis habeatur, nulla amplius inter probationem & præſumtionem relinquatur differentia, quæ tamen differentia ab omnibus JCtis unanimiter ſtatuitur; Adde, quod diſtinctio hæc nequidem Juri Civili ejusque analogiæ conveniat, ſed merum inventum ſit DD. & Juris Canonici, Ulr. Huber, Prælect. ad ff. tit. de probat. c. 2. add. not. Ill. Thomaſii cum pluribus aliis. Quanquam enim ſemiplena probatio, hoc eſt talia argumenta & rationes, quæ non plenam fidem faciunt, non plane rejicienda ſint, ſed omnino quendam effectum producere debeant, adeoque idea ſemiplenæ probationis in ſe omnino in praxi uſum præſtet, vocabulo tamen probationis eam male inſigniri puto.

§. 23.

Non equidem ignoro, JCtis communiter probationem dici actum judicialem, quo litigantes de Facto controverſo vel de re dubia Hæc definitio non differt a com-

muni; sed saltim ad scopum præsentem magis est accommodata.

dubia Judici fidem faciunt, definitione petita ex L. 12. fin. ff. de probat. Hanc tamen definitionem a mea plane non differre, sed meam potius scopo præsenti magis esse accommodatam, arbitror. Quodsi enim quæras, quid sit judici fidem facere? Respondeo, judici fidem facere de facto controverso idem significare, ac judicem de Facti veritate certum reddere, sive illi Facti veritatem repræsentare.

Vid. B. D. Lauterbach, dict. Coll. tit. de probat. & præsumt. §. 3. Jo. Gottl. Heineccius, Elem. Pand. eod. tit. P. IV. §. 115. Ulr. Huber, Prælect. ad ff. d. tit. n. 2. pag. mih. 1114. Edit. 3. Lipf. aliique complures.

§. 24.

Transitus ad materiam de probabilitate juridica.

Præmissis generalioribus hisce de vero & probabili in genere, quibus ideo opus erat, quia præsumtiones sunt via ad veritatem juridicam & probationem, imo aliquando probationis locum sustinent; propius jam accedimus ad finem nostræ Tractationis ipsum; Primo jam de probabilitate quoque juridica sive præsumtione, ejusque definitione, soliciti.

§. 25.

Materia de interpretatione huc non spectat.

Novi quidem probabilitatibus in jure duplici respectu, pro duplici scilicet, qua JCti funguntur, persona, opus esse; in Explicatione nimirum & interpretatione LL. & earum præsertim applicatione. Cum vero nobis hoc loco præcise agendum sit de probabilitate juridica, quatenus scilicet contradistinguitur probabilitati absolutæ, supra (§. 14.) expositæ; in explicandis autem Legibus proprie, siquidem probabilitas locum capiat, probabilitas absoluta obtineat; facile patet, hunc posteriorem respectum ad nostrum institutum non pertinere.

§. 26.

Veritas juridica refertur ad probabilitatem, sed absolutam.

Probabile supra (§. 14.) diximus, cujus quidem aliqua non tamen sufficiens datur ratio, neque ab idea probabilitatis in genere, ipsam sejunximus veritatem juridicam, quæ scilicet est certus determinatus gradus probabilitatis absolutæ, (§. 16.) quam definitionem veritatis juridicæ ideo huc transtulimus, quia jam in definitionem probabilitatis juridicæ, quatenus illa opponitur probabilitati absolutæ, supra (§. 14.) descriptæ, inquirimus, quod absque comparatione cum veritate juridica fieri nequit.

§. 27.

§. 27.

Cum igitur probabilitas omnis minus involvat, quam verum, supra (§. 4. & 14.) veritas autem juridica sit certus a Legibus determinatus gradus probabilitatis, sequitur, *ut probabilitas juridica sit omnis ille gradus probabilitatis, absolutæ scilicet, qui est infra gradum illum a LL. determinatum, qui veritatem sive probationem plenam constituit* (*a*). *Nimirum, ut analogiam definitionis veritatis atque probabilitatis absolutæ supra traditæ retineamus, cum verum juridicum sit, cujus ratio sufficiens, scilicet juridice talis, quæ quippe sola & æque judici ad pronunciandum sufficit, ac probatio, reddi potest, probabilitas juridica est, quando quidem ratio quædam, non tamen sufficiens, quæ scilicet probationem plenam constituat, facti alicujus reddi potest.* Probabilitas juridica definitur.

Not (*a*) Add. Thomasius, Diss. de præsumt. fur. §. 10.

§. 28.

Quibus præmissis jam intelligitur, quid sit præsumtio; est scilicet præsumtio probabilitas juridica, quatenus gignit effectus quosdam civiles. Definitur Præsumtio.

Not. (*a*) Facit huc L. ult. C. de hær. instit. ubi Imperator Justinianus ex eo, quod verisimile non sit, quod proprium suum nomen aliquis ignoret, improbat institutionem illam, qua quis Sempronium Plotii heredem instituerat. Cum scilicet veteres hanc institutionem ita interpretarentur, quasi ipse testator Plotius appellaretur, & ex eo validam judicarent institutionem hanc, quod forte proprium hoc suum nomen testator ignoraverit, respondet Imperator: verisimile haud esse, quod quis proprium nomen ignoret, & ideo talem institutionem non valere, cum nemo alteri heredem scribere possit, adeoque supponit, quæ verisimilia non sunt, non præsumi. *Add. L. ult. pr. ff. quod met. caus.*

Not. (*b*) Hinc & quoties in LL. vocabulum, verisimile, occurrit, innuitur probabilitas juridica, consequenter præsumtio. e. c. in L. 7. ff. de adm. tut. Add. Exc. Böhmer, Diss. de collis. præsumt. c. 1. §. 17. pag. mih. 20.

Not. (*c*) Confirmat & hanc nostram definitionem Cicero in Topicis, ℣. 3. ubi præsumtionem per rationem, quæ rei dubiæ fidem facit, definit. Habemus enim hîc primo rationem, ex qua, si scilicet non supponatur sufficiens, sive quæ plenam judici facit fidem, fluit probabilitas; ubi enim est ratio non tamen sufficiens, neque juridice talis, ibi est probabilitas juridica; (§. 27.) porro verba: *quæ judici facit fidem*, innuunt effectum hujus probabilitatis, quod quidem judici faciat fidem, sed non plenam. Quamvis, ut melius distinguatur præsumtio a plena probatione, magis adæquate loco vocabuli rationis, in genere positi, addi putem aliqua vel non sufficiens ratio, sive etiam, prout a nobis factum est, substituerem vocabulum probabilitatis, quod satis indigitat probationem veram non subesse.

Not. (*d*) Add. Thomaſius, Diſp. de præſumt. bonit. §. 7. p. m. 8. nec non in Diſſ. de fide juridica, c. 2. §. 32. 33. ubi judici neganti probabilitates in jure & præſertim NB. circa facta juri applicanda, ſuadet, ut judicis munus plane deponat.

§. 29.

Comparatur hæc definitio cum Lauterbachiana.

Jam & brevibus aliquas ab aliis datas definitiones partim ſub examen revocabimus, partim pro ſtabilienda noſtra enucleabimus. Primum hîc honorem debeo Celeb. Lauterbachio, qui ita: Præſumtio, inquit, nihil aliud eſt, quam probatio per argumenta probabilia facta (*a*). Nonne hæc eſt ipſiſſima noſtra definitio, ſi modo ab unico vocabulo probationis, quod quippe hîc improprie ſaltem intelligitur, abſtrahas? Nihil aliud enim Celeb. Auctor per hoc vocabulum denotat, quam fidem in genere judici faciendam, non præciſe plenam, cum præſumtiones, uti infra docebimus, vel aliquando probationis loco ſint, vel ad minimum aliquid eo conferant. Quibus jam ſuppoſitis, per ſe ſequitur, Auctorem primo requirere argumenta probabilia, id, quod nos quoque fecimus ſupra (§. 28.) inſimulque eum excludere plenam probationem, quæ quippe ſupponit argumenta ad minimum juridice certa; (§. 16. & 22.) ſecundo eundem & finem præſumtionum indigitare per vocabulum illud, quamvis improprie ſumtum, probationis, fidem ſcilicet, quam puæſumtiones Judici faciunt.

Not. (*a*) B. D. Lauterbach, Colleg. Theor. pract. tit. de probat. & præſumt. §. 42. ubi inſimul ſibi conſentientem Ummium de Proc. jud. Diſp. 15. th. 6. n. 31. ſeq. hunc in fin. allegat.

Not. (*b*) Plane iterum cum hac definitione conſpirat illa, quam exhibet Celeb. Bœhmerus, Diſſ. de colliſ. præſumt. c. 1. §. 3. p. 6. ubi ita: præſumi dicitur aliquid, quando varii ac dubii caſus ac ſententiæ concurrunt, & ex iſtis magis probabilem præferimus ad fidem faciendam. Supponuntur enim primo varii ac dubii caſus, quorum magis probabilis præferri poteſt; Ecce igitur probabilitatem, etiam juridicam! Quodſi enim unus ex his caſibus ad probationem plenam juridicam aſcenderet, ſane Judicis arbitrio electio non relinqueretur, ſed præciſe, quod a LL. pro vero habetur, & ille pro vero habere deberet, exprimitur vero etiam finis præſumtionis, ad faciendam ſcilicet fidem; id unicum adde, non plenam, ſed ſaltem aliquam, & quandoque interimiſticam, ſiquidem ita loqui licet.

§. 30.

Item cum Maſcardi definitione.

Alii, & præſertim Maſcardus, (*a*) præſumtionem probabilem appellitant conjecturam, per argumenta probabilia ex variis rerum circumſtantiis inductam; a quibus tamen ideo diſſentimus,

ſentimus, quia partim in hac definitione præſumtio per conjecturam, adeoque per æque obſcurum, imo certo reſpectu idem per idem, definitur, partim vero finis præſumtionis primarius omittitur. Quodſi tamen intelligant illi ipſum judicium & ratiocinium judicis vel LL. ſive actum judicandi de re probabili, inſimulque fidem innuant, quam hic judicandi actus apud judicem gignit, non utique multum abſunt a noſtra definitione.

Not (a) Maſcardus, de probat. vol. 1. qu. 10.

§. 31.

Aliis (a) præſumtio ab aliquo antecedente ad aliquid ſibi connexum deductio audit. Recte quidem meo judicio, modo adjiciatur, LL. vel judicis *probabilis* deductio. Infra enim alias præſumtiones LL. vel naturalibus vel civilibus originem ſuam debere, alias autem a Judicibus induci oſtendemus. Vocem probabilis ideo addimus, quod neceſſaria inductio vel ratiocinatio non præſumtionem, ſed probationem, & quidem certiſſimam & ex omni parte abſolutam, gignit (b). Item cum Manticæ.

Not. (a) Mantica, de tacit. & ambig. convent. vol. 2. lib. 13. tit. 1. p. 37. n. 9.

Not. (b) In certis enim præſumtionibus haud opus eſt. Thomaſius, Diſſ. de præſumt. bonit. §. 6. p. m. 8. Celeb. Bernoulli, Diſſ. de uſu art. conject. in jure, c. 1. p. m. 5.

§. 32.

Illam, quam nobis exhibet illuſtris Huberus, (a) præſumtionis definitionem, ſalva ceteroquin Summi Viri pace, qui forte accuratam definitionem ſiſtere haud voluit, deſcriptione ſcilicet illius aliqua, pro illo ſcopo ac fine contentus, haud omnimodo probamus. Ita autem ille: Præſumtio, inquit, eſt anticipatio judicii de rebus incertis, ex eo, quod plerumque fit, percepta (b). Recte quidem ex parte ſeſe habere arbitramur hancce definitionem, quoad priora verba, non item quoad poſteriora, quæ originem ſive geneſin præſumtionum ex Viri Summi mente denotant. Quatenus enim dicitur anticipatio judicii de rebus incertis, primo recte ſupponitur cauſa finalis, quod ſcilicet ad fidem, ſi non omnimodam, ſaltem tamen aliquam judici faciendam, comparata ſit præſumtio; ſecundo ſupponitur, & recte quidem meo judicio, per vocabulum anticipationis, præſumtiones aliquando loco veritatum juridicarum Nec non Huberi,

 eſſe,

eſſe, earundemque in cauſis dubiis vicem ſuſtinere; id, quod in aliquibus, haud tamen in omnibus, uti infra oſtendemus, verum eſſe arbitror (*c*). Quatenus autem Vir Summus præſumtionum geneſiu ex eo, quod plerumque fit, repetere vult, eatenus liceat nobis hucusque diſſentire. Ex alio enim fonte originem præſumtionum derivandam eſſe, definitio noſtra ſupra (§. 21.) tradita condocefacit. Quodſi enim Paulus Apoſtolus (*d*) Cretenſes appellat mendaces, ideo, quia utplurimum tales ſeſe commonſtrârunt, & ex eo ſolo, ſemper & in omnibus caſibus individuis, ubi non alia acceſſerunt adminicula, præſumi voluiſſet mendacitas ſingulorum Cretenſium, maxime id futurum fuiſſe injurium nemo negabit.

Not. (*a*) Huber, prælect. ad ff. tit. de probat. & præſumt n. 14. p. m. 1121. Edir. Lipſ. de anne 1735. in not. Ill. Thomaſii. Godofredus, in not. ad h. t. in rubr. n. 31.

Not. (*b*) Coſentit cum hac Huberi definitione Oldus, de præſumt. occaſione cap. 2. X. de præſumt. deſumt. ex 1. Regum 3. cap. ubi præſumtionem conjecturam ſeu divinationem in rebus dubiis, collectam ex argumentis vel judiciis per rerum circumſtantias frequenter evenientibus, dicit. Add. Ill. Thomaſius, Diſſ. de Præſumt. furoris, §. 11.

Not. (*c*) Conf. Ill. & Exc. Dn. Böhmer, in Diſſ. de colliſ. præſumt. c. 1. §. 1. p. m. 4.

Not. (*d*) Epiſt. ad Titum, c. 1. v. 12.

§. 33.

Refutatur Huberiana.

Non quidem inficias ibimus, in aliquibus caſibus veram eſſe poſſe hanc regulam, ſi ſcilicet nulla alia adſit ratio in contrarium, uti in d. cap. 2. X. de præſumt. & ſi conſequenter per accidens ratio, ab eo, quod utplurimum fit, deſumta, fortior ſit, quam ratio pro contrarii aſſertione; generalem autem eſſe illam Huberi regulam, etiam atque etiam negamus. Hinc etiam, ut ad caſum noſtrum redeamus, concedimus quidem præſumtionem mendacitatis ob vitam anteactam aliquam operari præſumtionem, ſed hominis ſaltim, ſive ſpecialem, quæ ſcilicet ſola ad condemnandum haud ſufficit (*a*). Ubi enim nulla ſpecialis eſt ratio, ibi etiam nullus ſpecialis effectus produci poteſt. Primo enim de hujus vel illius Cretenſis mendacitate non determinate conſtat, & ſecundo, ſi etiam vel maxime conſtaret, nondum tamen determinate de hoc vel illo caſu individuo conſtaret (*b*).

Not. (*a*) Magnif. Dn. D. Schöpf, Dec. 231. n. 11. & Dec. 323. n. 3. seqq. Add. Ill. Thomasius, Diss. de præsumt. bonit. §. 23. & Ord. crim. art. 25. 29. 31. 37. 43. 44. ubi insimul notum illud c. 8. de R. J. in 6to. quod nobis contrarium esse videtur, explicatur.

Not. (*b*) Conf. Canz. Discipl. moral. in append. §. 25. & 26. Nihilum enim morale etiam est, quod ab agente libero vel absolute vel determinate modo invincibili ignoratur, hinc & quæ Judici vel plane vel determinate ignota sunt, hactenus pro nihilo morali habenda sunt.

§. 34.

Singularem plane probabilitatis sive absolutæ sive juridicæ definitionem invenire licuit apud Celeberr. Bernoulli (*a*), inquientem: Usu communi id dicitur probabile, cujus probabilitas semissem superat certitudinis. Si quidem vir celeberrimus ita definitionem hanc intelligat, uti nulli dubitamus, quod, quamdiu res intra meros possibilitatis terminos continetur, in æquilibrio quodam sit, & æque parum rationis pro ejus existentia adsit, quam contra illam, habet nos omnino consentientes; tum enim, utprimum ratio adest, ex qua aliquo modo ad actualem ejus existentiam concludi potest, tollitur æquilibrium, adeoque probabilitas superat semissem certitudinis, & ita omnino convenit hæc viri celeberr. definitio cum nostra supra (§. 14.) data.

Inquiritur in definit. Bernoullianam.

Not. (*a*) Bernoulli, in erud. Diss. de usu artis conjectandi in jure, c. 1. p. m. 5.

§. 35.

Stabilita igitur supra (§. 28.) præsumtionis definitione, pervenimus jam ad quædam ejus consectaria. Supra diximus (cit. §.), præsumtionem esse probabilitatem juridicam, quatenus effectus gignit juridicos sive civiles, aut quatenus est loco probationis, vel ad minimum illi inservit. Ex quo statim apparet differentia præsumtionis a probatione, quam vocant, artificiali, & quidem necessaria.

Quomodo differat præsumtio a probatione artificiali eademque necessaria?

§. 36.

Artificialis enim probatio, quatenus opponitur inartificiali, est, quæ ex interna facti vel antecedentium qualitate, consequentia per legitima ratiocinia elicit; inartificialis vero est, quæ immediate nullo interveniente ratiocinio petitur a qualitate facti externa, e. gr. a testibus, instrumentis, juramentis, confessionibus &c. (*a*). Prioris generis probatio, artifi-

Quid sit probatio artificialis?

cialis ſcilicet, a DD. iterum diſtinguitur in neceſſariam & probabilem; illa eſt, ſi conſequentia ab antecedente ad conſequens ſit neceſſaria & plene concludens; hæc, ſive probabilis, quæ fit per argumenta non neceſſaria, neque neceſſario concludentia (*b*), quæ tamen ultima non ſemper ad probationem ſtricte ſic dictam referri poteſt (*c*).

Not. (*a*) L. ult. C. de probat. Lauterbach. Coll. Theor. pract. tit. de probat. & præſumt. §. 4. Huber, in prælect. ad ff. eod. tit. n. 3.

Not. (*b*) Lauterbach. cit. l. §. 48.

Not. (*c*) Add. ſupra §. 22. in not. Quatenus enim probationes inartificiales ſive præſumtiones judici aliquam faciunt fidem, eatenus ad minimum ad probationem aliquid conferunt, &, quamvis improprie, ad probationem referri poſſunt; quatenus vero nondum efficiunt rationem ſufficientem, adeoque probationem proprie talem, eatenus male pro ſpecie quadam probationis venditantur. Accedit, quod quædam præſumtiones ſint loco veritatis juridicæ, &, cum regulam conſtituant, probatio vero ſaltem, ubi Exceptio a regula ſtatuitur, locum habeat, uti infra latius oſtendetur, proprie plane non ad ſpeciem probationis referri poſſint, quamvis quoad effectum loco probationis ſint. Add. interim Ill. Thomaſius, Diſſ. de præſumt. furor. §. 9.

§. 37.

Ejus differentia a præſumtione.

Cum vero probatio artificialis neceſſaria fiat per argumenta neceſſaria, & in quibus conſequens ex antecedenti, facti ſcilicet interna quadam qualitate, neceſſario fluit; (§. 36.) facile perſpicitur ejus differentia a præſumtione; hæc enim argumenta ſupponit probabilia ſaltim, etiam juridice talia (§. 28.); & hinc non efficit plenam probationem, ſicut illa, ſed aut aliquid confert ad probationem, aut, cum proprie probatio non ſit, habet tantum probarionis effectum quendam.

§. 38.

A fictione juris.

Differt porro præſumtio a fictione juris; in fictionibus enim oppido falſum a LL. pro vero habetur, corrigendi juris rigoroſi ergo vel ſuadente æquitate (*a*). Præſumtio vero veritatem tanquam ſcopum & finem ſibi habet propoſitam; hinc licet in fictione falſitas oppido appareat, nihilominus ex diſpoſitione Legis habetur pro veritate quoad effectus civiles, neque ideo probationem admittit in contrarium; ſecus ac præſumtio, in qua, uti dictum eſt, finis principalis eſt veritas; hinc, ubi veritas haberi poteſt, præſumtionibus

locus

locus non conceditur. L. 24. L. 29. ff. de probat. (*b*) Plures enumerare differentias hujus jam loci non est, hinc remittimus benevolum Lectorem ad Menochium (*c*).

Not. (*a*) Lauterbach, cit. loc. §. 49. L. 15. ff. de usurp. & usuc.

Not. (*b*) Alciatus, de probat. in P. I. Præf. n. 2. 3. Gothofredus, in rubr. ad h. t. n. 31. Huber, ad h. t. cit. loc. n. 22.

Not. (*c*) Menochius, de præsumt. lib. 1. qu. 8. tot.

§. 39.

Distinguitur etiam præsumtio ab interpretatione; primo enim interpretatio circa LL. ipsas versatur, adeoque pro objecto habet majorem quasi propositionem syllogismi practici, præsumtio vero pro objecto habet facta, adeoque occupatur circa minorem ejusdem propositionem; secundo vero interpretatio aut determinat veritatem juridicam, & disponit aliquid, uti Avthentica, (*a*) & hinc non admittit probationem in contrarium, aut versatur quidem circa probabilitates, sed absolutas, non juridicas, (§. 25.) qualis est doctrinalis. (*b*) Ab interpretatione.

Not. (*a*) Const. Tanta. §. 21. in fin. C. de vet. jur. enucl. Lauterbach, Coll. Theor. pract. tit. de justit. & jur. §. 7.

Not. (*b*) Idem Lauterbach, c. l. §. 8. Card. Mantica, vol. 1. lib. 1. tit. 16. p. 36. n. 4. 5. Hinc, &, cum habitus interpretandi in JCto requiratur, necesse est, ut principiis philosophiæ imbutus sit, ait Thomasius, sive, qui sub eo dissertationem defendit Auctor, Ludovici, in Diss. de præsumt. bonit. §. 1. p. 3.

§. 40.

Differt porro præsumtio a probabilitate absoluta. Primo enim hæc latius patet, cum & ipsam veritatem juridicam sub se comprehendat, (§. 16.) illa autem minus involvit. (§. 27.) Secundo differunt etiam fine ac scopo; præsumtionis enim finis specialior est, præcise scilicet fides judici facienda, probabilitatis, ut inclinet quemcunque ad assentiendum certo modo. A probabilitate absoluta.

§. 41.

Hæc sufficiant tantisper de Definitione Præsumtionis; jam, ut aliquem etiam Definitionis nostræ fructum consequamur, ad alia, & quidem ad Divisionem Præsumtionum.

CAP. II.



CAP. II.

DE DIVISIONE PRAESVMTIONVM.

§. 42.

Dividuntur in juris & de jure, juris tantum, & facti vel hominis.

Inter omnes Præsumtionum Divisiones prima eademque frequentissima est illa, qua distribuuntur in Præsumtiones *Juris & de Jure*, *Juris tantum & præsumtiones hominis*; (*a*) quæ ultima species & præsumtio *facti* audit; (*b*) quamvis Lauterbachius duas saltim faciat species, juris scil. & facti, vel hominis; illam autem iterum distinguat in præsumtionem juris & de jure, & juris tantum.

(*a*) Menochius, de præsumt. l. 1. qu. 5. 6. 7. Alciatus, de præsumt. P. 1. n. 1. Lauterbach, Coll. Theor. pract. n. 1. tit. de probat. & præsumt. §. 43. sqq. 46. Thomasius, vel potius Ludovici, Præs. Thomasio, Diss. de præsumt. bonit. §. 7. p. 8.

(*b*) Menochius, c. l. l. 1. qu. 5. n. 5. sqq.

§. 43.

Diversi tamen sunt horum vocabulorum significatus.

Quamvis vero quoad hanc divisionem plurimi, quantum quidem ego scio, conveniant, non tamen mihi convenire videntur in significatibus, quos hisce speciebus tribuunt.

§. 44.

Inde confusiones ortæ, præsertim quoad præsumtiones juris & de jure.

Quantum enim ad præsumtionem juris & de jure, omnes fere consentiunt, quod scilicet in hac Leges ex rationibus verisimilibus aliquid inducant, & exclusa in contrarium probatione pro vero habeant; (*a*) in hoc vero, quod una manu dabant, altera iterum auferunt; quod in quibusdam casibus probationem quamvis liquidissimam & ordinaria probatione majorem contra has præsumtiones juris & de jure admittant, (*b*) adeoque aperte multos casus in LL. expressos, qui proprie ad præsumtiones juris tantum, quamvis fortiores, referendi erant, ad hanc speciem pessime retulerint, annumerantes scilicet præsumtionibus juris & de jure omnes illas, quæ in LL. aliquatenus fortiores erant, nec ordinaria probatione elidebantur; (*c*) adeoque præsumtionibus juris & de jure modo significatum jamjam dictum, quod scilicet probationem in contrarium non admittant, modo significatum præsumtionum violentarum, quod scilicet non quavis ordinaria probatione elidantur, tribuentes.

(*a*) Lau-

(*a*) Lauterbach, Coll. d. l. §. 44. Menochius, de præsumt. l. 1. qu. 3. n. 17. & l. 1. qu. 7. n. 3. Pacianus, de probat. l. 1. c. 11. n. 2. Bœhmer, Diss. de collis. præsumt. c. 1. §. 5. p. 8. Thomasius, d. Diss. de præsumt. bonit. §. 8. p. 10. Alciatus, de præsumt. p. 2. n. 3.

(*b*) Menochius, d. l. l. 1. qu. 61. n. 1. sqq. l. 1. qu. 63. n. 1. l. 1. qu. 64. Bœhmer, d. Diss. c. 1. §. 6. fin. p. 10. ubi hunc in finem allegat L. 7. de administr. tut. quam vulgo quoque DDres ad præsumtiones juris & de jure referunt, & qua præsumitur dolus tutoris inventarium non conficientis, contra quam doli præsumtionem aperte tamen probatio in contrarium admittitur.

(*c*) Bœhmer, cit. Diss. c. 1. §. 7. p. 10.

§. 45.

Item quoad præsumtiones juris & hominis.

Idem & magis adhuc contingit circa significationem præsumtionum juris & hominis. Cum enim plurimi differentiam unicam atque specificam harum duarum specierum in eo posuerint, quod illæ, scilicet præsumtiones juris, a LL. expressæ & approbatæ sint, hæ autem, hominis scilicet, in LL. non sint expressæ, verum a judice demum inducantur, (*a*) fieri non potuit, quin hæc sententia a multis, & quidem summo ac maximo jure, impugnaretur, (*b*) hisce potissimum rationibus innixis, quod utraque niti debeat sana ratione & LL., nisi sit frivola, imo multæ in LL. contineantur præsumtiones, quæ tamen ab ipsis adversariis ad præsumtiones juris haud referantur, e. gr. mendacitatis, nationis infamis, &c. ex L. 31. §. 21. ff. de ædilit. Edict. nec non, quod casus in LL. expressi saltem exempli loco allegati sint, nec alii similes excludantur, sed potius multæ dari possint præsumtiones, fundamentum in solo Jure Nat. habentes, quæ tamen omnino, quin ad præsumtiones Juris referendæ sint, dubitandum haud sit.

(*a*) Lauterbach, Coll. d. l. §. 45. 46. & multi ibi alleg. Menochius, lib. 1. qu. 5.

(*b*) Beyer, Posit. ad tit. ff. de probat. & præsumt. Bœhmer, d. Diss. c. 1. §. 9. p. 12. & qui ibi citatur Joh. Francisc. Andreoli, controv. for. 104. fin. Franc. Sarmiento, Select. interpret. lib. 1. c. 1. n. 9.

§. 46.

Hanc confusionem celeb. Ludovici tollere satagit, sed alterando conceptus pristinos.

Hinc, ut aliquo modo satisfacerent huic confusioni, licet ipse Lauterbachius asseruisset, præsumtionem hominis æque in alterum rejicere onus probationis ac præsumtionem juris, (*a*) castra sua indirecte deserere, &, terminis quidem prioribus retentis, hisce novas subinde ideas substituere coacti sunt. Sic enim erudite satisfacit Celeb. Dn. Ludovici (*b*) dubiis supra recensitis, sed alterando conceptus priores, contra quos objectio-

nes directæ erant. Non enim negat etiam præsumtiones hominis in LL. fundari, sed respondet saltem, differentiam in eo manere, quod præsumtio juris desumatur ex natura rerum in universum considerata, præsumtio autem hominis ex specialibus circumstantiis in hoc vel illo negotio occurrentibus, nec non quod præsumtio juris immediate ex Lege descendat, nullamque probationem requirat, præsumtio autem hominis omnino probationem ulteriorem desideret, item quod DDres, quando asserant, præsumtionem juris in Legibus fundari, æque subintelligant Jus Naturæ ac Jus Civile, adeoque Celeb. Ludovici alias assignando differentias, quam quidem allegati a nobis DD. Lauterbachius & ceteri dederant, alias quoque substituit notiones præsumtionum juris & hominis, & consequenter in castra nostra transit, fatendo scilicet, hanc non esse genuinam differentiam, quod illæ nitantur Legibus, hæ vero a solo judicis arbitrio pendeant, item quod illæ ex jure in universum desumantur, hæ ex particularibus circumstantiis eruantur, imo contra ipsum Lauterbachium fatendo, quod illæ, præsumtiones scilicet juris, probatione non egeant, hæ ulteriori probatione opus habeant, nec solæ sufficiant.

(a) Lauterbach, Coll. d. l. §. 46.
(b) Ludovici, Us. pract. Dist. tit. de probat. & præsumt. Dist. 5.

§. 47.

In effectu omnes conveniunt.

Licet enim in effectu omnes cum celeb. Ludovici hasce differentias agnoscant, atque in praxi ita observent, immo concedant, nec hominis præsumtionem a Lege & ratione discrepare; (a) peccant tamen, quod aliter doceant, aliter autem judicent, & in praxi propriam deferant doctrinam, alium tribuendo hisce vocabulis significatum in Theoria, alium autem in praxi; ex quo summa oriatur confusio, necesse est.

(a) Menochius, de præsumt. l. 1. qu. 5. n. 17.

§. 48.

Hinc genuinus significatus eruitur ex conclusionibus, in quibus conspirant.

Quodsi igitur hæc vocabula ab æquivocatione hactenus demonstrata depurentur, iisdemque sensus, quem illis in effectu & praxi omnes, etiam adversam sententiam tuentes, tribuunt, restituatur; facile patet, cum in effectu omnes in eo conveniant, quod præsumtiones Juris nitantur natura rerum in universum considerata, præsumtiones autem hominis his vel illis circumstantiis

ſtantiis particularibus, item quod illæ probationem ulteriorem non requirant, ſed probationem in adverſarium rejiciant, hæ a probatione non liberent, (*a*) proprie hunc hujus diviſionis ſenſum eſſe debere, quod præſumtiones juris inſtar Regularum univerſalium, hæ autem exceptionum loco ſint. Hinc ab ipſo Menochio præſumtio juris non illepide comparatur cum poſſeſſione, (*b*) quæ ſcilicet etiam, donec petitorium, ſive, ut in analogia maneamus, exceptio probetur, onus probationis in adverſarium rejicit.

(*a*) Menochius, c. l. lib. 1. qu. 33. n. 2. add. lib. 1. qu. 39. n. 4.
(*b*) Idem, lib. 1. qu. 33. n. 3.

§. 49.

Merito igitur aliam, eandemque meliorem, jam recenſita, ſubſtituit diviſionem præſumtionum Bœhmerus, in qualificatas ſcilicet & ſimplices eas diſtribuendo, qualificatam dicens, quando Lex inſimul diſponit, ut aliquid pro vero habeatur, donec probetur contrarium, ſimplicem vero, quando aliquid ex legitimis conjecturis vel a Lege vel ab homine infertur, ſed ita ſaltim, ut tantum adjumento ſit probanti. (*a*) Ideo meliorem ſubſtituit ſignificatum Ill. Bœhmer.

(*a*) Bœhmer, d. Diſſ. de collis. præſumt. c. 1. §. 10. fin. p. 13. 14.

§. 50.

Quamvis hæc diviſio cum priori, qua diſtribuuntur præſumtiones in præſumtiones juris & hominis, ſiquidem hæc ſenſu depurato, modo indicato, ſumatur, noſtra ſententia, coincidat. Hic cum priori noſtro conſpirat.

§. 51.

Ex hisce jam præmiſſis patet, in effectu omnes in eo convenire, quod præſumtio juris & de jure ſit, quando judex aliquid pro vero habet, & ita quidem, ut nulla in contrarium admittatur probatio, præſumtio juris, quando Lex aliquid pro vero habet tamdiu, donec per ordinariam probationem contrarium probetur, & præſumtio hominis, quando Lex aliquid non præciſe pro vero habet, ſed ſtatuit tamen, ut probanti aliquatenus ſit adjumento, adeoque præſumtionem juris & de jure ſuperare probationem, præſumtionem juris ſimpliciter talem, minus quidem involvere, ſed tamen deficiente plena probatione locum ejus ſuſtinere, & præſumtionem denique hominis ne ultimum quidem effectum producere. Quare jam quæritur, num diviſio hæc, Definitio præſumtionis juris & de jure, præſumtionis juris, & præſumtionis hominis.

 modo

modo explicata, ſit genuina & accurata, id, quod ex collatione cum definitione præſumtionis, ſupra (§. 28.) data, ſtatim pateſcet.

§. 52.

Præſumtio juris & de jure male ad præſumtiones refertur.

Dicto enim loco præſumtionem per probabilitatem juridicam definivimus, hoc eſt per ſupra (§. 27.) tradita, quando adeſt gradus probabilitatis, qui minus rationis involvit, quam probatio plena, nec judici ad pronunciandum eadem certitudine ſufficit, qua probatio; ex quo ſtatim per ſe fluit, præſumtionem juris & de jure ad præſumtiones male referri. Cum enim hæc plus involvat, quam probatio plena, & Lex in ea, rejecta contrarii probatione, conſtituat, ut aliquid pro vero habeatur, (§. 51.) præſumtio vero, ex definitione, minus involvat, quam probatio; (d. §. 51.) ſtatim ſequitur, præſumtionem juris & de jure male & valde improprie referri ad præſumtiones. (*a*)

(*a*) Optime originem hujus communis fere erroris detexit atque indicavit Ill. Bœhmerus, d. Diſſ. de Collis. præſumt. c. 1. §. 6. ubi ait: „Neque difficile „eſt oſtendere, unde error ille communis ortus ſit; vel enim DDres verbis „LL. inhæſerunt, & ubi vox præſumtionis occurrit, ſtatim illud de vera in„terpretati ſunt præſumtione, (ecce æquivocationem, de qua ſupra §. 43.) „vel potius præſumtionem violentam, quæ tamen juris eſt, & probationem „in contrarium admittit, cum aliis caſibus, ubi Lex ſtatim condemnat reum, „confuderunt„ ubi inſimul allegat Ill. Coccejum, Diſſ. de probat. directa negativæ, c. 3. §. 14. 17. Bachovium ad Treutler. P. 2. Diſp. 4. th. 10. lit. c. Cum quibus quoque conſpirat Celeb. Ludovici, in Us. Pract. Diſt. tit. de probat. & præſumt. Diſt. 5. Add. Celeb. apud nos JCtus, Dn. Günth. Alb. Renz, jam Ser. Princ. noſtri Conſiliarius Regiminis, in Diſp. de præſumt. juris & de jure.

(*b*) Non equidem ignoro, quid Ill. Thomaſius, vel potius, qui ſub eo Diſſertationem defendit, idem Celeb. Ludovici, d. Diſſ. de præſumt. bonit. §. 8. p. 10. 11. pro ſalvanda aliquatenus hac diviſione & denominatione præſumtionis juris & de jure non ſine magna ſpecie proferat. Cum enim ipſemet ſibi objectionem hanc formaſſet: quod, ſi contra præſumtionem juris & de jure non admittatur probatio, inde ſecuturum ſit, rem eſſe certam, ſicque falſam fore definitionem præſumtionis, quod ſcilicet omnis præſumtio verſetur circa res incertas; in fine annectit duas reſponſiones: 1) accedere quidem hanc ſpeciem præſumtionis proxime ad probationem, interim tamen gradu ab ea differre. 2) Aliud eſſe ab initio incertum eſſe, aliud ex poſt demum certum fieri. Uno verbo, res illas, circa quas verſetur præſumtio juris & de jure, ab initio quidem incertas eſſe intuitu Legislatoris, qui, probabilitati cuidam innixus, rem voluntate ſua hoc modo determinaverit, hocque effectu donaverit, non autem incertas eſſe intuitu judicis, qui, cognita hoc modo voluntate Legislatoris, non amplius verſetur in incerto, quid pronunciandum ſit. Sed liceat, pace Viri ſummi, & ſumma ceteroquin modeſtia,

destia, regerere, & quidem ad resp. 1.) verum quidem esse, quod proxime accedat ad probationem hæc species præsumtionis, & gradu ab ea differat, sed non tam gradu inferior, quam potius superior sit; supra enim (§. 51.) demonstratum est, præsumtionem juris & de jure superare probationem ordinariam; Tantum igitur abest, ut hæc species ad præsumtiones referri possit, ut potius minus præsumtionibus annumerari queat, quam ipsa probatio. Ad resp. 2.) nimis videtur probare hoc argumentum: Præsumtiones juris & de jure ab initio tamen respectu Legislatoris incertæ sunt, quamvis ex post demum per Legislatoris determinationem certæ reddantur, ergo adest talis incertitudo, qualis ad præsumtionem requiritur; pari enim ratione ita etiam ipsa probatio ad præsumtiones referri posset, quam tamen omnes præsumtioni opponunt; Omnis enim probatio juridica, excepta artificiali illa, quæ fit per argumenta necessaria, per supra demonstrata, nititur probabilitate quadam, & sic ab initio incertum quid intuitu Legislatoris supponit; Ponamus enim, e. gr. homicidium per duos testes omni exceptione majores probatum esse, nonne possibile est, & hosce testes falsum deposuisse, num repugnat duos testes mentiri? Hinc & supra (§ 16.) veritas juridica sive plena probatio per certum probabilitatis gradum definita fuit, a LLatore determinatum, ut hactenus pro veritate haberetur; sed cum in præsumtionibus non de probabilitate absoluta, ad quam & probatio ipsa referenda est, sed de probabilitate juridica (§. 27.) definita sermo sit, præsumtiones autem juris & de jure plusquam certitudinem & veritatem juridicam involvant, non sane sufficit ad præsumtionem, aliquid ab initio intuitu Legislatoris & antecedenter ad ejus determinationem incertum fuisse, sed requiritur, ut hoc incertum non pro certo assumtum sit a LLatore; quod tamen in præsumtionibus juris & de jure, quæ ordinariam certitudinem juridicam, in qua quippe dantur gradus, (§. 19.) superant, secus est.

§. 53.

Recensentur exempla præsumtionis juris & de jure genuina.

Ut hactenus dicta eo magis illustrentur, allegabimus quædam exempla, quæ ab omnibus, quantum ego scio, pro præsumtionibus juris & de jure habentur, & subjungemus postea quædam, quæ manifeste, etsi fortiores requirant probationes, ad præsumtiones tamen juris tantum referenda sunt, & male a quibusdam præsumtionibus juris & de jure annumerantur; partim, quo pateat, quam male præsumtiones juris & de jure ad præsumtiones referantur; partim etiam, quo pateat, quam confusas in hac materia DDres ideas dederint, & quam male quædam exempla contra propriam definitionem ad præsumtiones juris & de jure retulerint. Sic e. gr. extra dubium & ab omnibus concessum est, inter alia exempla præsumtionibus juris & de jure accenseri Casum L. 13. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult. quo maritus uxorem adulterii accusans, & postea ei cohabitans, adulterium remisisse præsumitur, non admissa contrarii probatione; Leyser, spec. ad

 ff. 260.

ff. 260. n. 7. Caſum rei judicatæ in L. 25. de ſtatu hom. L. 207. de R. J. & L. 1. ff. de re judic. quando ſcilicet res judicata NB. *pro veritate* habetur, rejecta in contrarium probatione; porro Caſum L. 11. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult. quo pro filio legitimo habetur is, qui a muliere editus eſt, cum qua maritus cohabitavit, & in quo contrarii probatio per ſe impoſſibilis eſt; Caſum C. 12. X. de præſumt. quo nudus cum nuda in lecto inventus pro adultero habetur. C. 30. X. de ſponſal. quo illi, qui data fide de matrimonio ineundo concubuerunt, rejecta contrarii probatione, matrimonium præſumuntur iniiſſe. Alius iterum caſus eſt in L. 22. C. ad SCtum Vellejan. ubi mulier, poſt biennium interceſſionem pro aliis factam repetens, in ſuam utilitatem interceſſiſſe præſumitur; & qui ſunt alii hujus generis; quo & referendus eſt adhuc Caſus L. 34. C. ad L. Jul. de adult. quo adulterii accuſati & ob conjunctionem ſanguinis, adulterii ſcilicet præſumtionem excluſivam, abſoluti, poſtea matrimonium inter ſeſe contrahentes, pro confeſſis & convictis de adulterio habentur; & Caſus denique §. un. Inſtit. de Liter. obl. L. 8. L. 14. §. 3. L. 15. C. de non numer. pecun. quo biennio elapſo Reus exceptionem non num. pecun. non amplius opponere poteſt, etiamſi onus probandi in ſeſe ſuſcipere velit (*a*).

Not. (*a*) Quamvis hodie ex praxi & æquitate Reo Exceptio doli concedatur. Hart. Piſtoris, P. 4. qu. 12. n. 13.

§. 54.

Patet exinde, hos caſus peſſime ad præſumtiones referri.

Cum igitur ex omnibus caſibus hactenus recenſitis pateat, in illis Legislatorem, vel in pœnam vel ob defectum & difficultatem probationis, vel & ob utilitatem publicam, & ad abbreviandas lites, imo etiam quandoque ideo, quia contrarium probare plane impoſſibile eſt, uti in caſu dicto L. 11. §. 9. ff. ad L. Jul. de adult. aliquid diſponere, nec quicquam incerti relinquere, ſed potius illos voluntate ſua juridice certos, imo plusquam certos reddere; facile apparet, hos caſus male ad materiam præſumtionum transferri.

§. 55.

Alii dantur caſus, qui male accenſentur præſumtionibus juris & de jure.

Econtra alii, iidemque multi, dantur caſus, qui ex hac ſola ratione, ſed perperam, a DD. ad hanc claſſem relati ſunt, quia majorem, ordinaria, requirunt probationem, adeoque ad præſumtiones juris tantum, & ad noſtram materiam ſpectant; quales

les recenſentur plurimi ab Illuſtr. Bœhmero, c. l. Leyſero, ſpec. ad ff. 260. n. 7. Quo inter alios referendi ſunt e. gr. caſus L. 7. ff. de adminiſtr. tut. quo tutor, inventarium rerum pupillarium non conficiens, hoc dolo malo feciſſe præſumitur, & prævio jurejurando in litem condemnatur in id, quod pupilli intereſt. Caſus L. 14. C. de contrah. ſtip. junct. L. 1. L. 18. C. de teſt. (*a*) & Nov. 90. c. 4. quo ſancitur, ut contra ſcripturas teſtibus munitas non minores quam 5. teſtes admittantur (*b*). Caſus L. 24. ff. de probat. quo, Chirographo cancellato, manifeſtiſſimis probationibus, h. e. ordinaria probatione majoribus, creditor probare tenetur, ſolutionem non eſſe factam. Item caſus L. 23. pr. ff. quod metus cauſa. quo perſona in dignitate conſtituta, metum prætexens, manifeſtiſſimis probationibus metum probare debet &c. unde patet, cum in his caſibus leges ipſæ contrarii probationem, quamvis ordinaria majorem, admiſerint, quam male hi caſus a quibusdam ad præſumtiones juris & de jure relati ſint, qui tamen ipſi in harum præſumtionum ſpecie contrarii probationem plane non admitti fatentur.

(*a*) Diſtinguit quidem Gothofredus, in notis ad d. L. 1. C. de teſtib. n. 29. an ipſa ſcriptura falſitatis arguatur, an vero teſtes deponant, rem aliter eſſe geſtam? priori caſu eosdem teſtes, qui inſtrumenti confectioni interfuerunt, derogare putat inſtrumento, poſteriori, nudos teſtes contra inſtrumentum audiri negat, niſi ad minimum eorum quinque ſint, ob L. ſeq. 18. C. de teſt. quem tamen optimo fundamento refutat Bœhmer, Diſſ. de Colliſ. probat. c. 2 §. 15. ubi inſimul allegat Gilkenium, ad L. 15. C. de fid. inſtrum. n. 30. ex ea ſcilicet ratione, quia in d. L. 18. C. de teſtibus. non impugnantur contenta inſtrumenti, ſed reus ſaltem hoc caſu exceptionem ſolutionis, ob inſtrumentum contrarium probans, valde improbabilem, 5. teſtibus probare jubetur.

(*b*) Hodie vero, ex praxi & æquitate, & hoc caſu duo ſufficiunt teſtes *omni exceptione majores*, ita, ut hodie hujus materiæ nullus ſit uſus; hinc probe ponderandæ ſunt circumſtantiæ & gradus probabilitatis tam in aſſertis teſtium, quam documentorum; Id. Bœhmer, d. Diſſ. de Colliſ. probat. §. 15. Joh. a Sande, L. 1. tit. 10. def. 1. Faber, in Cod. L. 4. tit. de teſt. def. 23. n. 13. Quodſi tamen utrinque æqualis ſit probabilitas, ponderatis utrinque rationibus, in dubio ſtandum eſt inſtrumento, pro quo militat præſumtio. L. 18. C. de probat. L. 14. C. de contrah. ſtip. Huber, Præl. tit. de fid. inſtrum. §. 11. 15.

§. 56.

Jam vero, ut paucis etiam noſtram de diviſione præſumtionum exponamus ſententiam, neceſſe eſt. Supra ſcil. (§. 11. & 12.) traditum eſt, judicem veritatem factorum, circa quam potiſſi- *Explicatur noſtra de diviſione præſumtionum ſententia.*

mum ejus officium verſatur, abſolutam habere non poſſe, & ideo opus fuiſſe, ut certus conſtitutus fuerit probabilitatis gradus, qui juridice pro vero haberetur (§. 13.). Cum vero ſæpe cognitio judicis circa facta, ne ad illum quidem gradum aſcendat, ſed ille potius etiam in probabilitate juridica vel plane ſubſiſtere, vel ad minimum illam in ſubſidium vocare debeat, ut veritas juridica, vel probatio plena efficiatur; diſpiciendum jam eſt, quotuplicis generis probabilitates juridicæ vel præſumtiones ſint? Præſumtio eſt, ubi aliqua, non tamen ſufficiens, ad aliquid pro vero habendum, adeſt ratio (§. 27. 28.); ubi itaque ad aliquid credendum adeſt ratio, non tamen ſufficiens, neque in contrarium alia vel major eſt ratio, ibi aliquid præſumendum eſt; cum vero ſæpe accidere poſſit, ut judex de factis individualibus nullam adhuc habeat cognitionem, opus ſane eſt, ut generales habeat regulas, ſecundum quas de facti exiſtentia judicium ferat; quæ regulæ determinant, quid, abſtrahendo ab hoc facto individuo, de quo judex nullam adhuc cognitionem habet, in genere probabilius ſit, h. e. ad quid credendum judex, abſtrahendo a circumſtantiis facti individualibus, ex generalibus principiis plus habeat rationis? Hæ generales Regulæ, quæ, in ſubſidium ſpecialioris hujus vel illius facti individui cognitionis, pro veritate quadam, ut ita loquar, interimiſtica aſſumuntur, adpellari poſſent præſumtiones generales; adpellabimus tamen illas, ne præter rationem aliquid innovare videamur, hactenus præſumtiones juris, ſive in LL. præciſe expreſſæ ſint, ſive non ſint (*a*).

Quædam ſunt generales, & Regulam conſtituunt.

(*a*) Retinuimus hanc denominationem ideo, quia re ipſa auctores, qui præſumtiones in præſumtiones juris & facti diſpeſcunt, idem fere hac denominatione denotare videntur; Ludovici, in Uſ. Pr. Diſt. tit. de probat. & præſumt. d. Diſt. 5. adeoque convenientius eſſe judicavimus, ne confuſioni alicui occaſionem præberemus, vel novandi ſtudio veterem diviſionem mutaſſe videremur, receptis & hic loci uti vocabulis.

§. 57.

Quædam ſunt ſpeciales, & conſtituunt quaſi Exceptionem a Regula.

Cum vero dictæ Regulæ nitantur nonniſi probabilite quadam, fieri ſane non poteſt, quin quandoque, facto ſpecialius pauliſper cognito, tales occurrant circumſtantiæ, quæ contra dictas generales Regulas & veritates interimiſticas pugnent, adeoque ſæpe ex hiſce circumſtantiis alia ſuboriatur præſumtio vel probabilitas in contrarium, quam concinne appellari putaremus

remus præſumtionem ſpecialem, ex rationibus tamen ſupra allegatis, hactenus vocabimus præſumtionem facti (*a*).

(*a*) Hanc præſumtionum ſpeciem & ideo cum ratione quadam præſumtionem facti appellari poſſe arbitramur, quia ſupponit facti individualis ſpecialiorem quandam cognitionem, ex qua ſpecialiori deinde cognitione facti oritur ſuſpicio exceptionis a regulis illis generalioribus.

§. 58.

Ulterius explicatur ſententia.

Nimirum, ut ſententiam noſtram pauliſper diſtinctius explicemus, cum cujuslibet facti individualis veritas etiam juridica in pauciſſimis caſibus & rariſſime haberi poſſit, judici humano faciendum eſt, quantum fieri poteſt, & hinc circumſtantiæ facti individualis, quarum judex nullam cognitionem habet, hactenus pro nihilo juridico habendæ ſunt; paria enim in jure ſunt, eſſe, & judici non conſtare; adeoque & judex, quamdiu non conſtat, caſus ſubſtrati ſingularem eſſe rationem, illum ad Regulas generales referre & ſecundum illas dijudicare debet; & hinc ortæ præſumtiones generales ſive juris; quodſi vero judici de facto individulali ex certis circumſtantiis aliquatenus, non tamen plene, conſtet, naſcuntur inde præſumtiones ſpeciales ſive facti. E. gr. Regula generalis ex natura rerum deſumta hæc eſt: Senex citius moritur, quam juvenis (*a*). Jam vero, ſi judici offeratur caſus, quo controvertitur, num Senex quidam, an juvenis primus mortuus fuerit? Sine dubio præſumendum eſt, ſenem ante juvenem mortuum eſſe; Licet enim non ſolum fieri poſſit, ſed etiam ſæpiſſime fiat, ut juvenis ante ſenem moriatur, imo forte in caſu ſubſtrato ſingularis adeſſe potuerit ratio in diſpoſitione hujus juvenis, ut ante ſenem mortuus fuerit; quia tamen judex vel nullam vel non ſufficientem hujus particularis circumſtantiæ habet cognitionem, hactenus generali illi inhæret Regulæ, & has particulares circumſtantias in judicando pro non-entibus juridicis habet. Quamdiu enim non adeſt ratio major, ex qua diverſitas ſubſtrati apparet caſus; judex etiam non aliter pronunciare poteſt; alias absque ratione pronunciaret (*b*); Quodſi deinde e. gr. pateat, juvenem morbo quodam gravi laboraſſe, inde oritur ſuſpicio quædam exceptionis ab hac regula, quæ deinde ſuſpicio eſt præſumtio ſpecialis vel facti, &, accedentibus aliis adminiculis, graviorem conſtituit rationem in contrarium, id operantem, ut judex deinde contra regulam pronunciare poſſit.

(a) Alciatus, Reg. 1. præſumt. 43. L. 2. ff. de termino moto. L. 15. ff. de inoff. teſt. verb. turbato mortalitatis ordine. L. 15. ff. de fideicomm. libertat. add. Seneca, Epiſt. L. 4. Epiſt. 30. verb. „Senectus uti adoleſcentiam ſequitur: „ita mors ſequitur ſenectutem.

(b) At, inquis, quî fieri poteſt, ut circumſtantiæ illæ, quarum judex cognitionem non habet pro non-entibus habeantur? Nonne omnes caſus individui determinati eſſe debent? Annon igitur, cum certum ſit, adeſſe certas circumſtantias, easdemque determinatas, oppido fallitur judex, qui circumſtantias & determinationes ſpeciales, quales novit neceſſario adeſſe debere in quovis caſu individuo, pro non-entibus juridicis habet? Sed reſponſionis loco ad ſequentia attende: 1) Sæpe accidere poteſt, ut factum, de quo quæritur, plane non extiterit, adeoque adhuc ſermo ſit, an factum quæſt. unquam in rerum natura fuerit? & hoc caſu judex non certo ſcit, nec ſcire poteſt, adfuiſſe certas facti circumſtantias & determinationes ſpeciales; non entis enim nullæ ſunt qualitates; adeoque, quando judex adhuc dubitat, num factum actu extiterit? Melius eſt generali inhærere regulæ, nec præter rationem exceptionem vel ſingulare factum ſtatuere, ad quod ſtatuendum nullam habet rationem. 2) Licet etiam quæſtio, an certa ſit, & conſtet factum extitiſſe, nec tamen conſtet, quomodo & quibus circumſtantiis, iterum plus adeſt rationis, regulæ inhærendi, neque absque ratione determinata alias circumſtantias ſupponendi, quam quidem ex regula generali ſupponendæ ſunt; non igitur, ubi judex novit factum extitiſſe, plane judicat abſtrahendo ab omnibus circumſtantiis, ſed tales adfuiſſe circumſtantias præſumit, quales ſecundum regulam generalem ordinarie adſunt, vel ad minimum adeſſe debent. En igitur uſum, celebris illius Principii Rationis ſufficientis! ubi enim vel nulla, uti in caſu priori, vel non determinata, uti in caſu poſteriori, præſto eſt ratio; judex etiam vel plane nihil, vel non aliter, quam ex regula generali, quæ quippe in ſuo genere eſt determinata & rationem præponderantem habet, ſtatuere poteſt.

§. 59.

Hæc diviſio rem exhaurit.

Ex hactenus igitur adductis patet, nos nonniſi duas admittere ſpecies præſumtionum, præſumtiones ſcilicet generales, ſive juris, & ſpeciales, ſive facti? Sed quæritur jam: num hæc diviſio ſit adæquata, & rem exhauriat? Nos omnino hanc diviſionem completam & principalem inter omnes reliquas diviſiones eſſe putamus, & hac quidem ratione moti: quia ſupponit contradictorie oppoſita, inter quæ intermedium vel tertium non datur. Cum enim præſumtiones juris conſtituant regulas univerſales, præſumtiones autem facti pro objecto habeant Exceptiones a regulis generalibus illis, exceptum autem eſſe a regula nihil aliud involvat, quam ſub regula non comprehenſum eſſe; eſſe autem & non eſſe contradictorie ſibi opponantur; facile apparet, diviſionem hanc niti contradictorie oppoſitis, adeoque etiam ſecundum regulas Logicas bonam eſſe (a).

(a) Patet exinde reſpective ad minimum meliorem eſſe Lauterbachii diviſionem præſumtionum, in præſumtiones juris & hominis vel facti illas diſtribuentis, præſumtiones autem juris iterum in præſumtiones juris & de jure, & juris tantum ſubdiſtinguentis, Lauterbach, Coll. Theor. Pract. tit. de probat. & præſumt. §. 43 - 46. quam illorum, qui tres conſtituunt ſeparatas præſumtionum ſpecies, præſumtiones ſcilicet juris & de jure diſtinctæ accenſentes ſpeciei. Quodſi enim vel maxime præſumtiones juris & de jure inter præſumtiones referendæ eſſent, quam tamen ſententiam, uti putamus, ſatis ſupra refutavimus (§. 52); Non tamen diſtinctam conſtituerent ſpeciem, ſed omnino, ſecundum ſententiam Lauterbachianam, præſumtionibus juris accenſendæ eſſent; cum enim præſumtiones juris & de jure, æque ac præſumtiones juris, nitantur regulis generalibus, & unica differentia, quæ inter illas & præſumtiones juris tantum intercedit, in eo conſiſtat, quod illæ non admittant probationem in contrarium, hæ autem admittant; facile patet, præſumtiones juris & de jure ſub eadem ſpecie comprehendi, ſub qua comprehenduntur præſumtiones juris tantum, adeoque utramque unicam conſtituere ſpeciem, nec ſibi opponi, ſed potius coordinari debere.

§. 60.

Et hæc diviſio primum locum obtinet.

Supra autem (§. 59.) etiam diximus, hanc diviſionem inter omnes reliquas primum locum obtinere; quæritur itaque, quomodo hoc probari poſſit? & hoc quidem ſequenti argumento probo: Quæcunque diviſio ita comparata eſt, ut illi omnes reliquæ ſuperſtruantur, & nonniſi effectus utplurimum illius diverſi ſint, illa diviſio omnino primum meretur locum; Atqui hæc; E. Minor non ſolum a priori ex eo probatur, quod hæc diviſio differentiam ſpecificam & originem ac geneſin præſumtionum exprimit, adeoque ab earum eſſentia deſumta eſt, cui reliqua omnia ſuperſtruuntur, ſed etiam a poſteriori & per inductionem; quotquot enim ad minimum mihi innotuerunt diviſiones aliæ, illæ omnes aut diverſos ſaltem harum ſpecierum gradus exprimunt, aut diſtincti effectus ſunt, adeoque omnino ex hac facile derivari poſſunt, & vel ſubdiviſiones potius vel & plane ſpuriæ ſunt, quarum infra in fine hujus capitis exempla allegabimus.

§. 61.

Alio ſenſu etiam dividuntur in generales & ſpeciales.

Hinc ſtatim apparet, quænam ſit ratio diviſionis illius in generales & ſpeciales; alio quippe ſenſu, quam ſupra nos illas ita appellavimus, & unde orta ſit, Regula illa: Generales ſcilicet præſumtiones cedere debere ſpecialioribus (a)? Primo enim in hac Regula non intelligi poſſunt ſpeciales præſumtiones ſenſu illo, quem ſupra indicavimus, quo intelliguntur præſumtiones

hominis vel facti, & contradistinguuntur præsumtionibus juris; præsumtionibus enim facti per se nunquam cedunt præsumtiones juris; dico per se; si enim alia adsint adminicula sufficientia, efficitur probatio plena, quæ omnino est fortior præsumtione juris; hinc patet, Regulam hanc non de divisione præsumtionum in juris & facti loqui, sed alium esse hujus divisionis sensum, & *potius præsumtiones juris subdistingui in generales & specialiores, de qua divisione in hac regula sermo est.* Cum enim supra dictum fuerit, præsumtiones juris niti certis Regulis universalibus, quæ deficiente plena probatione in casibus specialibus & individuis pro veritate habentur, hæ autem Regulæ modo magis generales, modo, ob novas forte accedentes determinationes, specialiores sint, nihilominus tamen nondum casum quendam individuum supponant; facile patet, illas, quæ rationem habent specifice ad minimum magis determinatam, præferendas esse illis, quæ rationibus & regulis nituntur generalioribus; quo propius enim præsumtio accedit ad veritatem, hoc est, quo magis factum quoddam determinatur, per certas circumstantias, ex quibus elicitur præsumtio, eo fortior est. Ex quo patet, præsumtiones juris iterum dispesci in generales & speciales; quo sensu speciales ab illis, quas supra speciales vocavimus, scilicet præsumtionibus facti vel hominis, ita differunt, ut hæ ex facto quodam individuo desumantur, & evertendis præsumtionibus juris inserviant, illæ autem sub his comprehendantur, & ex Regula saltem specialiori deriventur, nec non ut præsumtiones speciales sensu, quem supra indicavimus, & quo opponuntur præsumtionibus juris sive generalibus, ab his specie differant, speciales autem hoc sensu a generalibus nonnisi gradu distinguantur &c.; Exempla rem magis illustrabunt: v. gr. Generalis aliâs, eademque satis cognita, Regula est, quemlibet præsumi bonum, donec probetur contrarium (*b*). Ponamus jam casum, Theologum sive Pastorem litigare cum Rustico; hoc casu rusticus quidem pro se habet præsumtionem bonitatis generalem, Pastor vero pro se habet præsumtionem, qua Theologi majori fide digni sunt, quam rustici; & hinc, licet de casu individuo ejusdemque circumstantiis nihil adhuc notum sit, pro Pastore judicabitur; Si scilicet res ita comparata sit, ut alterutrius bonitas in dubium vocari debeat. Hoc casu præsumtio hæc, quæ pro Pastore militat, non est specialis sive facti; deficienti-

bus

bus enim particularibus circumſtantiis, Regula illa, quod Paſtores & Theologi majori fide digni ſint, quoque loco veritatis habetur, & obtinet, donec contrarium & exceptio probetur; eſt itaque præſumtio Juris, ſed ſpecialior illa, qua quilibet præſumitur bonus, ſpecialiori ſcilicet & majori nitens ratione. Aliud exemplum hoc eſto: Regula generalis eſt: donatio non præſumitur; at vero, ſi pater, mater vel avia, liberis aliquid ſimpliciter dederint, cenſentur donaſſe; L. 34. ff. L. 15. C. de Neg. Geſt. (*c*) & hoc caſu præſumtio Juris eſt, parentes in dubio liberis donare; non enim ex hac vel illa facti individui circumſtantia derivata eſt, nihilominus tamen eſt ſpecialior illa generali, qua donatio non præſumitur, adeoque hæc generali illi cedere debet.

(*a*) Bœhmer, ſæpe cit. Diſſ. de Collis. præſ. c. 2. §. 7. Menochius, de præſumt. L. 1. qu. 29. n. 6.
(*b*) Thomaſius, d. Diſſ. de præſumt. bonit. tota. Id. Bœhmer, d. l. c. 2. §. 9. Parens noſter Canz, Diſc. Moral. Diſc. 2. P. 2. c. 7. §. 1493.
(*c*) Bœhmer, d. Diſſ c. 2. §. 8.

§. 62.

Ulterius explicatur hæc diviſio, & adduntur exempla.

Ex jam dictis patet, quoties Regula magis determinatam rationem habens ac ſpecialior in promtu eſt, quæ tamen non nititur circumſtantiis caſus cujusdam individuis, NB. qua talibus, toties adeſſe præſumtionem juris, ſed ſpecialem, quæ generaliori, non tam determinatam habenti rationem, in judicando præferenda eſt. Huc referri poſſunt caſus L. 1. §. 1. L. 24. L. 26. §. 3. L. 62. de condict. indeb. L. 9. C. ibid. ubi ſciens ſolvens indebitum, illud donaſſe cenſetur; (*a*) caſus L. 14. L. 15. C. de ſolut. ubi ex redditione chirographi præſumitur ſolutio. (*b*) Caſus L. 6. §. 1. ff. de uſur. quo ex præſtatione uſurarum debitum præſumitur & plerumque ſufficit quinquennium; arg. L. 1. §. 13. ff. de ſeparat. (*c*) Caſus L. 3. C. de Apoch. publ. quo, probata ſolutione tributorum per 3. annos ultimos, in reliquis quoque ſolutio præſumitur. (*d*) Caſus L. 22. C. ad SCt. Vellej. quo mulier, repetens poſt biennium interceſſionem, præſumitur renunciaſſe SCto Vellejano, licet hic caſus proprie ad præſumtiones Juris & de Jure referatur. (§. 53.) Alius recenſetur caſus in L. 25. §. 1. ff. de probat. quo is, qui dicitur pecuniam indebitam accepiſſe, ſi negaverit, ſe pecuniam accepiſſe, & adverſarius poſtea ſolutionem probaverit, compellitur probare, pecuniam fuiſſe indebitam. (*e*) Alius, idemque celebris in jure Publico, præſto eſt caſus; no-

tum enim eſt, ſecundum Pacem Weſtphalicam, (*f*) intuitu bonorum mediatorum & Exercitii Religionis Subditorum, pro norma haberi annum Decretorium illum, & quidem quamcunque partem anni 1624. Quodſi jam quis probare voluerit, hanc vel illam Religionem in aliquo loco in anno Decretorio exercitam fuiſſe, nec hoc ad annum illum Decretorium usque facere poſſit, ſufficit, ſi antiquiorem poſſeſſionem probaverit, quo caſu ille præſumitur etiam in Anno Decretorio in poſſeſſione dicti exercitii Religionis fuiſſe. (*g*) Licet enim facta, i. e. in caſu noſtro poſſeſſio Exercitii Religionis, non præſumantur, eoque minus, ſi adverſæ Religioni addicti ſint in poſſeſſione; ſpecialis tamen hæc determinatio, quod quis in antiquiore & proxima anno decretorio fuerit poſſeſſione, elidit generaliorem illam præſumtionem, & efficit, ut poſterior poſſeſſio habeatur pro vitioſa. (*h*)

(*a*) Hic forte alicui in mentem venire poſſet, num caſus hic ſpectet ad materiam præſumtionum; cum hoc caſu, quo aliquis ſciens indebitum ſolvit, videatur adeſſe definitio donationis ipſa, adeoque certum eſſe, hic interveniſſe donationem, nec m demum præſumi debere? Sed notandum eſt, ex eo, quod quis ſciens ſolvit pecuniam indebitam, nondum præciſe ſequi, eum hoc animo donandi feciſſe; hoc caſu enim adeſſe poteſt animus, alterum perfecte demum ſibi ex poſt obligandi; in donatione autem requiritur, ut non adſit animus, alterum ſibi viciſſim perfecte obligandi; cum igitur hoc caſu duo ſint poſſibiles rationes, ob quas quis indebitum ſolviſſe poteſt, animus donandi nondum probatus eſt, ſed ſaltim præſumitur.

(*b*) At L. 14. C. de ſolut. hic allegata contrarium & hoc probare videtur, quod redditio Chirographi non faciat præſumtionem donationis; quomodo itaque aſſeri poteſt, ex redditione Chirographi præſumi remiſſionem debiti? Sed addatur L. 59. ff. de leg. 3. & L. 2. ff. de pact. & ſq. L. 15. C. ibid. ubi expreſſe dicitur, ſub nomine Chirographi ipſam actionem, in Chirographo contentam, venire. add. Eiſſelen, Diſſ. Gieſſ. 1693. habit. de ſolut. præſumta, c. 2. n. 70. ſqq. Probamus igitur diſtinctionem Gothofredi in not. ad hanc L. 14. n. 37. num ſcilicet ipſe creditor reddiderit, num tertius? illo caſu præſumi putamus remiſſionem, hoc non.

(*c*) Bœhmer, c. Diſſ. c. 2. th. 8. ubi hunc & alios a nobis recenſitos exhibet caſus.

(*d*) Eiſſelen, d. Diſſ. c. 2. n. 1.

(*e*) Quamvis enim regulariter quilibet præſumatur bonus; Major tamen, eademque magis determinata, eſt ratio, illum pro mendace habendi, qui jamjam de mendacio convictus eſt, quam alterum.

(*f*) Inſtr. Pac. Weſtphal. art. 5. §. 2. 30. & 31.

(*g*) Henniges, in Medit. ad Inſtr. Pac. Weſtphal. art. 5. §. 31. n. 12.

(*h*) Menochius, de recuper. poſſeſſ. remed. 15. n. 383. Conſ. 725. n. 2. Gail, l. 2. obs. 75. n. 12. Stryk, Diſp. de compoſſeſſ. c. 3. n. 13. ſqq. Magn. Dn. D.

D. Schœpf, Dec. 161. n. 7. & Dec. 185. n. 20. 21. Harpprecht, resp. 85. n. 371. Idem, cons. nov. 36. n. 352. Hinc & huc referendus est in genere casus ille, in quo, probata possessione antiquiore, præsumitur junior vitiosa; cum enim regulariter præsumtio sit pro possessore, hæc regula generalis est, & facit generaliorem præsumtionem; quodsi deinde antiquior probata fuerit possessio, nova eademque specialis & magis determinata accedit circumstantia, quæ constituit specialiorem præsumtionem, sed etiam juris, cui prior cedere debet.

§. 63.

Neque cum generali præsumtione, sensu supra recensito, confundenda est præsumtio alio iterum sensu generalis sive remota; hoc enim sensu generalis sive remota dicitur, non quæ deficiente probatione loco veritatis juridicæ & probationis est, & regulam quandam generalem constituit, sed quæ levem quandam efficit præsumtionem specialem sive hominis vel facti; dicitur vero generalis, quia factum individuum non satis determinat, ita, ut exceptio a regula generali pro sufficienter probata haberi possit. (*a*) Patet exinde priori sensu, generalem præsumtionem esse præsumtionem Juris ejusdemque synonymum, hoc posteriori sensu vero generalem, esse præsumtionem facti, sed levem saltem & parum determinatam. (*b*) Alio sensu generalis sive remota.

(*a*) Cum enim præsumtiones hominis vel facti ad Exceptionem quandam a generali regula vel præsumtione juris demonstrandam comparatæ sint, & ideo semper factum quoddam individuum, ex quo ad Exceptionem a regula argumentum fieri possit, præstruant; facile patet, hoc factum vel indicium modo ejus generis esse, ut majori cum ratione inde conclusio ad factum probandum, vel Exceptionem a regula demonstrandam, fieri possit, modo cum minori ratione; quo majori igitur cum ratione a facto illo individuo fieri potest inductio ad factum, de quo quæritur, eo fortior est præsumtio, & quo minori hoc fit ratione, eo debilior est, quæ dicitur remota. Ex quo apparet, præsumtionibus hisce facti similitudinem quandam esse, quoad modum scilicet investigandi veritatem, & nostro casu, quoad investigandam majorem probabilitatem facti, cum problematibus in Mathesi, ubi quoque, ex certis datis & cognitis, conclusio fit ad incognita; quod tamen nonnisi incidenter notamus. Eo ipso autem, ut iterum ad scopum nostrum redeamus, & cum in hisce generalibus vel remotis præsumtionibus scopus sit probandi Exceptionem quandam a regula generali, patet, has referri ad præsumtiones facti vel hominis, non juris.

(*b*) Ad hanc classem merito & referri putamus indicia illa generalia, omnibus vel pluribus delictis communia, qualia quædam recensentur a Petro Mascovio, in Diss. respondente Landreuttero; Gryphiswaldæ 1698. habit. de eo, quod præsumitur, th. 2. Dn. D. Harpprechto, resp. 2. n. 121. 202. 210. resp. 32. n. 80. & DD. passim. e. gr. fama, vita anteacta, natio infamis, &c. Cum enim præsumtiones facti, & ideo etiam remotæ, (§. 63. & ibi not. a)

pro

pro ſcopo & objecto habeant factum probandum exceptum a regula generali, quod factum plene probandum eſt, h. e. rationem ſufficientem habere & determinatum eſſe debet; facile patet, quo minus cognitum illud factum, ex quo nimirum, ſecundum antecedentia, inductio fieri debet ad factum quæſt. & quod probandum eſt, determinat hoc factum probandum, eo minus etiam hoc præſumi & eo remotiorem eſſe præſumtionem inde inductam Cum vero generalia hæc indicia ſemper talia facta talesque circumſtantias cognitas ſupponant, quæ omnibus vel pluribus delictis ſunt communia, adeoque hoc vel illud factum illicitum vel delictum, de quo quæritur, nondum ſpecifice determinant, vel ad minimum concluſionem præciſe ad hoc vel illud non admittunt; apparet, hæc indicia generalia referri debere ad Præſumtiones facti remotas; hinc, quænam inde ſequantur concluſiones, infra docebitur.

§. 64.

Traditur Regula de Collis. præſumtionum juris generalium & ſpecialiorum.

Ex illis, quæ ad (§. 61.) dicta ſunt, quod ſcilicet quandoque dentur præſumtiones Juris, licet ſpecialiores, quæ ſpecialiorem & magis determinatam habent rationem, quam generaliores, & quibus ideo hæ cedere debent, iterum apparet, *generaliores Juris præſumtiones hoc caſu induere naturam ſpecialium ſive facti vel hominis, & eſſe eo caſu remotis accenſendas.* Cum enim, per ſupra demonſtrata, generaliores in colliſione ſpecialioribus cedere debeant; nihilominus tamen adhuc quædam ſuperſit ratio in contrarium, oriunda ex generaliori illa præſumtione; facile patet, hanc generaliorem, licet a ſpecialiori ſuperetur, adeoque non amplius loco Regulæ ſit in caſu ſubſtrato, nihilominus locum præſumtionis ſpecialis vel facti, contra ſpecialiorem illam Juris, obtinere; cum vero de exceptione & caſu individuo excepto, de quo quæritur, nihil particulariter determinet, quia nimirum ejus ratio generalior adhuc eſt, quam ipſa ſpecialioris illius præſumtionis juris, cui loco Regulæ, donec exceptio probetur, inhærendum eſt, iterum apparet hoc caſu, generalem illam induere naturam præſumtionis hominis vel facti, ſed remotæ. Exemplum ſupra de Clerico & Ruſtico datum rem illuſtrabit: uterque nimirum præſumtionem juris generalem honeſtatis ac probitatis pro ſe habet; cum vero Clericus ſpecialiorem Juris præſumtionem, intuitu probitatis, ex ordine ſcilicet ſuo Clericali, pro ſe habeat, facile patet, hanc poſteriorem ſpecialem præſumtionem ſuperare generalem illam utrique communem, nihilominus tamen hoc caſu præſumtionem generalem honeſtatis pro ruſtico militantem induere naturam præſumtionis hominis vel facti, ſed remotæ, quæ accedentibus aliis adminiculis gravioribus, elidit iterum ſpecialem illam ex ordine

ordine clericali desumtam, pro clerico militantem, remota tamen est, quia tantum abest, ut inde, ad factum quæst. probandum, & Exceptionem a regula speciali ex Ordine Clericali desumtam, argumentum forte desumi possit, idemque propinquum, ut potius in generaliori adhuc ratione subsistat, quam ipsa Præsumtio pro clerico militans, adeoque de facto, ab hac pro clerico militante præsumtione excepto, & particulari, plane nihil particulariter determinet.

§. 65.

Regula dignoscendi præsumtionem generalem sive Juris.

Satis jam, uti opinamur, exposita nostra sententia de Divisione Præsumtionum, restat jam, ut quædam de utraque specie paucis adhuc subjungamus, & regulas quasdam ad dignoscendas præsumtiones juris & facti tradamus, ex quibus deinde præsertim præsumtiones Juris facili negotio derivari possunt. Supra diximus, præsumtiones esse probabilitates Juridicas, (§. 28.) probabilitatem autem esse, ubi est ratio quædam, non tamen sufficiens. (§. 14.) Præsumtio juris est, quando ejusmodi adest probabilitas, quæ efficit, ut judex illam pro veritate interimistica assumat, tam diu, donec adversarius contrarii veritatem probaverit; (§. 51.) ex quarum definitionum comparatione statim fluit Regula: *ubicunque major adest ratio, considerato nexu facti quæsiti cum universo, ibi adest præsumtio Juris.* (a)

Objicitur præsumtio facti.

(a) Intelligitur hic major ratio absoluto sensu non præcise habita ratione ad factum individuum quæst. quo ipso statim excluditur omnis præsumtio facti vel hominis, licet quandoque fortior sit hac aut illa præsumtione etiam hominis; hoc enim casu major adest ratio saltim comparative ad hanc vel illam conjecturam, non absolute ponderato nexu universi. Cum enim in communi vita hujusmodi veritatibus interimisticis quam maxime opus sit, (§. 3.) in hisce autem semper id sequendum sit, cujus pro præsentibus circumstantiis major adest ratio, h. e. quod inter plura probabilia probabilissimum est, (§. 14.) major autem semper adsit ratio Regulæ generali inhærendi, quam absque majori ratione, h. e. contrarii probatione, exceptionem statuendi; sequitur, ut semper pro præsumtione juris, donec contrarium probetur, major militet ratio, adeoque, ubi major est ratio, ponderatis scil. omnibus cognitis rei circumstantiis, ibi sit nota characteristica præsumtionis juris.

§. 66.

Præsumtiones juris duplici modo sese exserunt.

Cum igitur, per modo tradita, ibi sit præsumtio juris, ubi ponderatis omnibus, non quibusdam saltim, rei circumstantiis, & quidem in nexu cum universo spectatis, major adest ratio, aliquid hactenus pro vero habendi; statim patet,

patet, hasce præſumtiones juris duplici modo ſeſe exſerere poſſe, aut enim quæſtio eſt, 1) an factum quoddam actu contigerit, nec ne? aut 2) ſi certum ſit, factum exiſtere, quæſtio incidit, quomodo contigerit? Priori caſu obtinet Regula, *ſemper res in eodem ſtatu præſumitur manere, quantum fieri poteſt;* quamdiu enim non eſt ratio determinata, factum novum determinatum ſtatuendi, tamdiu etiam ſtatui non debet; hinc omnino mutatio absque ratione ſufficienti haud ſtatuenda eſt. (*a*) Poſteriori caſu iterum factum, de quo quæritur, aut ſpectat ad Regnum morum, aut ad Regnum naturæ; JCtorum enim eſt, in factorum inquirere veritatem, ob quam quippe rationem circa præſumtiones occupantur; (§. 2.) de factis autem, ſive exiſtentia quadam, ſaltem duobus modis ſermo eſſe poteſt, vel de iis ſcilicet, quæ ex libera hominum voluntate deſcendunt, adeoque ad Diſciplinam morum ſpectant, vel quæ non ab ente libera voluntate & intellectu prædito oriuntur, h. e. quæ ſpectant ad Phyſicam; in Metaphyſica enim & Logica, tanquam diſciplinis abſtractis, & quæ ſaltim circa poſſibilitates & ideas generaliſſimas verſantur, (*b*) non quæritur de exiſtentia quadam vel facto, adeoque etiam hæ diſciplinæ objectum præſumtionum, h. e. probabilitatum Juridicarum, (§. 27. & 28.) non abſolutarum, (§. 14.) eſſe non poſſunt. (§. 11.)

(*a*) Sicut & in Oeconomia divina generalis Regula eſt, Deum absque ratione nova nihil mutare, ob principium generale rationis ſufficientis. Parens noſter, Civit. Dei. Ed. nov. 1744. ſect. 4. cap. 1. §. 1256.

(*b*) Add. Ill. ac Excell. Dn. Bilfinger, in Diluc. Philos. in Ratione Inſtit. §. 2. p. m. 2. & parens noſter Canzius, in Diſc. Moral. Append. §. 2. 3.

§. 67.

Traditur Regula de Regno Morum. Superiori §pho dictum fuit, præſumtiones duobus modis, ſcilicet vel in Regno morum, vel in Regno naturæ, ſeſe exſerere poſſe; quæritur itaque: quænam in utraque ſpecie aſſumenda ſit Regula generalis? Faciamus initium a Regno morum; generalis Regula ſupra (§. 65.) data hæc fuit: ubi major eſt ratio ponderatis omnibus rei circumſtantiis conſideratoque earum cum univerſo nexu, ibi eſt præſumtio juris; quodſi igitur quis ſcire velit, quid in Regno morum generaliter præſumendum ſit, & quænam ibi obtineat regula? in id inquirere debet, ad quidnam de actionibus hominum generaliter præſumendum major in genere adſit ratio, non attentis his vel illis individualibus circumſtantiis, de quibus nondum ſatis conſtat. Jam vero hæ actiones in genere

triplicis esse possunt generis: aut enim ita sunt comparatæ, ut Officiis in Republica generalibus & necessariis, nec non omnibus hominibus, vel ad minimum certæ saltem speciei hominum communibus, respondeant, aut non respondeant, aut non solum hisce officiis respondeant, verum etiam imperfectis nec a Legibus imperatis officiis fungantur. Hinc quæritur: quidnam de homine in genere, de quo nihil specialius constat, præsumendum sit? Hoc equidem ex supra data regula facile demonstrari posse arbitror. Cum enim absque determinata ratione nemo neque determinato malo, neque determinato bono afficiendus sit; sequitur 1) ut nemo possit præsumi vel dolo vel culpa lata negligere officia, vel omnibus vel certæ saltem speciei communia, quæ ab ipso perfecto jure in Republica exiguntur; hæc enim negligentia obligat vel ad damnum determinatum resarciendum privatis, vel ad pœnam determinatam Reipublicæ præstandam, ad quam tamen statuendam nulla NB. singularis adest ratio; hinc hæc negligentia non præsumitur. Cum vero etiam nec determinatum bonum absque determinata ratione alicui statuendum sit, in quo ponitur existimatio, quam DD. appellant intensivam; sequitur 2) ut nec Existimatio intensiva, tanquam determinatum & singulare bonum, cuiquam absque ratione determinata statuenda sit, sed cuilibet potius 3) relinquenda sit Existimatio simplex, h. e. præsumtio, quod officia, ad quæ perfecto jure obligatur, & quæ absque injuria in Republica vel dolo vel culpa lata negligere nequit, nec non quæ omnibus hominibus ex æquo vel saltim certæ speciei communia sunt, observaverit; & hinc in Regno Morum obtinet regula generalis: *cuiquam relinquenda est Existimatio simplex, qua quippe nemo neque determinato bono neque determinato malo absque determinata ratione afficitur, & quæ ideo cuiquam a quolibet debetur.* (a)

(a) Et hæc est ratio præsumtionis illius notissimæ, qua in dubio quilibet bonus, h. e. ita comparatus præsumitur, ut officia necessaria, & ad quæ jure perfecto obligatur, observet. Conf. Parens noster Canzius, Discipl. moral. II. P. 2. c. 7. §. 1493. de qua præsumtione Ill. Thomasius integram conscripsit Dissertationem, quæque præsumtio omnibus inter primas refertur. Ill. Bœhmerus, Diss. de Collis. præsumt. c. 2. §. 9. &, qui ab hoc allegatur, Ill. Stryk, Disp. de præsumt. pro Magistrat. c. 1. §. 10.

§. 68.

Jam & de secundo casu dispiciendum est, scil. de Regno Naturæ & Physico, ac quænam ibi obtineat regula generalis? Natura *Item de Regno Naturæ.*

E 2 tura

tura dicitur Entis cujusque vis insita. (*a*) Hæc natura certum in agendo observat ordinem, qui vocatur ordo Naturæ, (*b*) & hic est vel necessarius, physice scilicet & posita hac rerum natura universali, &, nisi accedat vis externa, immutabilis est, uti sunt Leges motuum, (*c*) vel non necessarius sive etiam physice contingens, ita, ut & posita hac vel illa rerum universali natura mutari possit. (*d*) Cum igitur id præsumendum sit, cujus major in genere & ponderatis omnibus circumstantiis est ratio; facile patet, *in Regno Naturæ id præsumendum esse, quod Ordini Naturæ, sive necessario, sive contingenti, congruum est.* Ordo enim est similitudo in modo, quo res conjunguntur; (*e*) similitudo autem supponit certam regulam, (*f*) dissimilitudo autem Exceptionem a regula. Cum igitur pro regula major sit ratio, quam pro Exceptione, quia major est ratio a simili concludendi ad simile, quam ad dissimile; igitur etiam Ordo Naturæ præsumendus est. (*g*)

(*a*) Parens noster Canzius, in Philos. fundament. in Cosmol. c. 12. §. 1862.

(*b*) Idem, ibid. §. 1864.

(*c*) Ill. ac Excell. Dn. Bilfinger, Dilucid. Philos. sect. 1. c. 2. §. 58. & sect. 2. c. 3. §. 181.

(*d*) Sic convenit e. gr. Ordini Naturæ universali, ut homo habeat duos oculos bene constitutos, quamvis fieri possit, ut alteruter vitio quodam præternaturali laboret. Sic & Ordini Naturæ conforme est, Senem citius mori, quam juvenem, quamvis in hoc vel illo subjecto ratio esse possit, ut juvenis moriatur ante senem. Hinc hoc loco discrimen esse positum arbitramur inter Ordinem Naturæ necessarium & contingentem vel non necessarium, quod hujus phænomena dependeant non a Natura universali, sed nitantur ordine ex similitudine actionum omnimodo determinatorum Entium, adeoque in hoc naturæ cursus & ordo aliquando aliter sese habere & mutari, in eoque eventus contrarii, quamvis raro, locum habere possint.

(*e*) Parens noster Canzius, in Philos. fundam. Ontol. c. 24. §. 382.

(*f*) Idem, cit. loc. §. 383.

(*g*) Hinc duæ illæ regulæ, Naturalia rei semper inesse, & illa, quæ frequenter fieri consueverunt, præsumi. Alciatus, de præsumt. reg. 1. tot. Bœhmer, de Collis. præsumt. c. 2. §. 7. Idem, c. l. c. 2. §. 1. Sichardus, in L. sive possidetis. 16. n. 12. sqq. C. de probat. Ex quo insimul patet, non omnem præsumtionem niti principio illo, quod id, quod sæpius fieri consuevit, præsumatur, cum illa, quæ ex regno morum descendit præsumtio, huic regulæ non semper subsit; vid. supra (§. 32.) alias enim, cum de facto plurimi homines sint mali, & etiam contra officia, quæ jure perfecto debent, impingant, neque Existimatio simplex præsumi deberet. vid. Thomasius, resp. Ludovici, de præsumt. bonit. §. 11. p. 10. Regula enim hic quoad forum humanum, non Divinum, tradenda est, ubi delicta occulta & cogitationes puniri non solent, L. 18. ff. de pœn. Pufendorf, de J. N. & Gg. lib. 8. cap. 3. §. 69.

§. 69.

Quantum illam attinet regulam, quam ſupra (§. 17.) de regno morum tradidimus, quod ſcilicet in quolibet Exiſtimatio ſimplex præſumatur, illa ita intelligenda eſt: Quæcunque officia, tam de Jure Naturæ, quam Civili, generalia, h. e. vel omnibus hominibus & civilibus, vel certæ ſaltem ſpeciei, ex æquo communia ſunt, iisdemque incumbunt, illa, a quovis homine, ad minimum illius ſpeciei, præſumuntur obſervari; Si enim in hoc vel illo ſubjecto nulla determinata, eademque ſufficiens, reperitur ratio, cur aliud & diverſum præſumatur, (id, quod ſupponitur in caſu noſtro; alias enim, ſi contrarium probatum eſſet, præſumtionibus non amplius opus eſſet; Thomaſius, ſæpe cit. Diſſ. de præſumt. bonit. §. 6. pag. mih. 8. & Bernoulli, d. Diſſ. de arte conject. in jur. cap. 1. pag. 5.) diverſum etiam non eſt præſumendum; A. per hypotheſin; add. ſupra (§. 67.) E. (*a*). Explicatur prior de Regno morum.

(*a*) Non absque ratione addimus: Officia generalia & omnibus vel ad minimum certæ ſaltem hominum ſpeciei ex æquo communia, h. e. quæ ex ſtatu hominum in genere vel certe alicujus ſpeciei hominum derivari poſſunt, ex eoque determinantur; aliud enim dicendum eſt de officiis huic vel illi homini individuo incumbentibus; Sicut enim ipſa obligatio determinate huic vel illi homini ſoli incumbens, adeoque ſpecialis, nec, ut ita loquar, ex ſtatu hominum vel omnium vel certe quorundam derivabilis, non præſumitur, quia, vi hypotheſeos, ex natura hominum in genere, vel ſaltem quorundam, nulla eſt ratio illam ſtatuendi: ita nec ejus obſervatio ac extinctio obligationis absque nova eodemque ſpeciali ratione, &, ut brevibus me expediam, absque ſpeciali probatione, præſumitur. Et ita occurri poſſe arbitramur illi dubio, quod nobis forte obmoveri poſſet: Si omnia officia omnisque obligatio perfecta obſervata eſſe a quovis præſumuntur, præſumendum etiam eſt, e. gr. ubi de ſolutione ſermo eſt, ſolutionem eſſe factam; A. prius eſt per definitionem Exiſtimationis ſimplicis, qua a quolibet omnia officia, quæ perfecte debet, obſervari præſumuntur; E. Concluſio eſt abſurda; minor fluit ex definitione; E. Conſequentiam oportet eſſe falſam & abſurdam; Sed limitandam eſſe putamus conſequentiam argumenti, ſi omnia officia, quæ a quoquam perfecte debentur, eademque generalia & omnibus vel ad minimum certæ hominum ſpeciei ex æquo communia, præſumuntur, tum & ſolutio præſumenda eſt; Sub hac enim limitatione negatur conſequentia; quia ſolutio certi debiti determinati, adeoque extinctio obligationis certo homini individuo incumbentis, non ſpectat ad officia omnibus vel ſaltem certæ hominum ſpeciei communia, ſed uni ſaltem individuo homini incumbit. Sicuti enim debitum determinatum, certum & individuum, absque ſpeciali probatione adeſſe non præſumitur, adeoque debitum petenti ejus probatio incumbit determinata: ita & debiti determinati extinctio & ſolutio, adeoque & determinata liberatio, non præ-

ſumitur, neque determinatum hoc & ſingulare factum, ex generali regula: Quilibet cenſetur bonus &c. derivari poteſt; ad ſingularia enim ſtatuenda & determinata, ſingularis etiam & determinata requiritur ratio.

§. 70.

Tres regulæ generales, quibus reliquæ nituntur.

Cum igitur per (§. 66.) omnis præſumtio verſetur vel circa facta ipſa, vel circa eorum qualitates, de qualitatibus autem factorum duplici modo quæſtio incidere poſſit, vel in regno morum, vel in regno naturæ; facile patet, præſumtiones juris ad tres ſupra traditas regulas omnes referri poſſe: ſcilicet 1.) *facta adeoque & mutationem non præſumi* (§. 66.): *Quemlibet cenſeri obſervare omnia officia generalia, quæ vel omnibus hominibus, vel certe ſpeciei cuidam ſingulari hominum, ex æquo incumbunt* (§. 67. & 69.): & 3) *id præſumi, quod Ordini Naturæ convenit* (§. 68.). Omnino itaque a priori demonſtravimus, totam hanc materiam exhaurire Alciatum, itidem eodem fere modo tres regulas tradentem: 1) Qualitatem, quæ rei naturaliter ineſt, præſumi: 2) mutationem non præſumi, vel, quod idem fere eſt, Factum non præſumi: & 3) præſumtionem ſemper fieri in meliorem partem. Id unicum notamus, ſecundam primo loco ponendam fuiſſe, quia hæc nititur diviſione generaliore, prima & tertia autem ſpecialiore vel ſubdiviſione quadam. Ex hisce regulis Alciatus plures caſus derivat, & quidem ex prima LIII. ex ſecunda XXVI. ex tertia denique XLV. quamvis non ſolum hisce infiniti alii addi poſſint, ſed & quidam ex Alciati caſibus plane huc non quadrent.

§. 71.

Ratio hujus diviſionis.

At, inquis, cur diviſio factorum in ea, quæ fiunt in Regno Morum, & in ea, quæ accidunt in Regno phyſico, ſaltem apud nos pro ſubdiviſione venditatur, & quidem illius diviſionis, qua præſumtiones dicuntur verſari circa quæſtionem, quomodo contingerint facta? Nonne eadem diviſio etiam ad caſum, quando quæritur, an aliquid factum ſit, applicari poteſt? Sed reſp. Non negamus quidem, eandem diviſionem & huc applicari poſſe, adeoque etiam, quando quæritur, an factum quoddam acciderit, nec ne? Facta, circa quæ verſatur præſumtio, dividi poſſe in ea, quæ fiunt in Regno morum, & in ea, quæ fiunt in Regno phyſico. Sed cum hoc loco de utriusque generis factis, ſive in Regno morum,

morum perpetrentur, five in Regno phyfico accidant, eadem fit regula, quod fcilicet non præfumantur, nos autem circa regulas quasdam tradendas occupati fimus; quoad hunc finem divifio hæc in dicto cafu nullum præftat ufum, adeoque eatenus nobis non attendenda eft. Aliud eft in fecundo cafu, quando quæritur, quomodo factum contigerit, vel quomodo factum effe præfumendum fit? Hoc enim cafu omnino dicta divifio maximi eft ufus, & ex illa duæ diverfæ regulæ notatu omnino dignæ oriuntur.

§. 72.

Quando Facta non præfumi dicuntur, intelliguntur certa & determinata, nec non talia, ex quibus quis in judicio certum & determinatum quid præ alio fibi dari vel fieri cupit (*a*). Facta enim ordinaria & generalia, & ex quibus quis nihil *determinati præ alio fibi dari vel fieri petit*, omnino præfumi poffunt, v. gr. illa, quæ conftituunt exiftimationem fimplicem hominis cujusvis, vel quæ naturaliter accidere confueverunt; quia enim vi hypothefeos ex tali facto determinato aliquid fingulare petitur, determinationes autem factorum fingulares mutabiles funt, & modo ita, modo aliter comparatæ effe poffunt, adeoque nulla eft ratio, potius hanc, quam alteram præfumendi, effectus autem determinatus, fcilicet petitum determinatum, absque determinata ratione, ftatui non debet; facile patet, determinata facta non præfumi. Ulterius explicatur.

(*a*) Ex hoc tota quæftio, quænam pars in judicio probare debeat? mea quidem fententia, decidi poteft; Regula enim, quæ vulgo traditur, quod affirmanti incumbat probatio, omnino non abfolute univerfalis eft; Ponamus enim, aliquem afleverare in judicio, fe effe honeftum virum, hoc fane cafu, ubi de contratrio non conftat, affeveranti probationem incumbere vix putem; hinc & in hac materia diftinctionem §. fuperiori traditam adhibendam effe arbitror.

§. 73.

Pertractatis jamjam Præfumtionibus Juris, traditisque Regulis eas dignofcendi, reftat, ut & brevibus quædam de divifione præfumtionum hominis vel facti fubjungamus. Definitionem præfumtionum hominis vel facti exhibuimus fupra (§. 57. & 58.) in cafu fcilicet, ubi factum quoddam certum & determinatum probandum eft, & pro tali aliqua ratio militat, præfto effe dicitur præfumtio hominis vel facti. Heic igitur non fermo eft de Tranfitus ad divifionem præfumtionum hominis vel facti.

de veritate quadam interimiſtica, ſive de eo, quod in dubio, ubi de facto nihil ſingulare conſtat, præſumendum ſit, ſed de caſu, ubi pro facto quodam ſingulari militat quædam ratio. Requiritur itaque quædam circumſtantia, ex qua aliquo modo ad factum, de quo quæritur, concludi poteſt; hæc circumſtantia, ex qua argumentum fit ad factum probandum, aut deſumta eſt ex regulis quibusdam univerſalibus, ſed talibus, quæ nituntur generaliori quadam ratione, adeoque, intuitu præſumtionum juris ſpecialiorum, induunt naturam præſumtionum hominis vel facti (§. 46.), aut nititur circumuantiis particularibus ex facto probando deſumtis; hæ poſteriores iterum vel nituntur circumſtantiis facti particularibus, ipſa ſubſtantialia facti probandi tangentibus, aut ſaltem accidentalia (*a*).

(*a*) v. gr. Hujusmodi circumſtantiæ accidentales ſunt tempus, locus &c. niſi factum probandum ipſas hasce determinationes temporis & loci &c. concernat.

§. 74.

Quænam dicantur re-motæ, quænam propinquæ?

Cum igitur illæ, quæ nituntur præſumtionibus juris generalioribus, & illæ, quæ nituntur circumſtantiis facti accidentalibus tantum, factum probandum minus determinent, illas dicemus remotas; Cum vero poſteriores, illæ ſcilicet, quæ ex circumſtantiis facti ſubſtantialibus oriuntur, factum probandum magis determinent, has appellabimus propinquas (*a*).

(*a*) Poſſemus quidem remotas in genere dicere, quæ minorem involvunt rationem pro vero habendi factum quæſtionis, propinquas autem, quæ majorem continent rationem; ut vero inſimul appareat, unde intelligendum ſit hanc vel illam circumſtantiam fortiorem eſſe, malumus eas ita definire, ut in §. hoc factum eſt.

§. 75.

Omnes ſunt vel remotæ, vel propinquæ.

Omnes igitur præſumtiones hominis vel facti ſunt vel remotæ, vel propinquæ; unde autem cognoſcatur, quænam ſint aliis remotiores, quænam propinquiores, ex capite ſequenti III. clarius patebit; ubi ex profeſſo de dijudicandis gradibus probabilitatis in jure agetur. Heic igitur ſaltem adhuc quædam de diviſione in ſpecie præſumtionum hominis indicaſſe, & in fine ſpurias quasdam earum diviſiones refutaſſe, ſufficiat.

§. 76. Sicuti

§. 76.

Porro aut in computum venit factum tantum aut facti moralitas.

Sicuti igitur supra præsumtionum juris objectum esse facta diximus, eademque vel considerantur in Regno morum, vel in Regno physico; ita facile patet, & hanc distinctionem huic, de qua jam agimus, præsumtionum speciei applicabilem esse. Aut enim factum probandum ita comparatum est, ut actionem humanam, h. e. ab homine prælucente intellectu & decernente voluntate susceptam, supponat, aut non; Priori casu quæri dicitur de moralitate actionis vel facti cujusdam, posteriori saltem de facto ipso, abstrahendo ab ejus moralitate. Utrumque supponit circumstantiam antecedentem, ex qua colligitur consequens. Sæpe etiam utrumque simul concurrit & probandum est tam factum ipsum, quam ejus moralitas, & tum factum ipsum appellatur Materiale, moralitas autem ejus Formale, id, quod in delictis maximum usum habet, in quibus inprimis de utroque constare debet, tam de materiali sive corpore delicti, quam de formali sive animo nocendi, præsertim si de decernendo ultimo supplicio sermo sit (*a*); quandoque tamen & alterutrum sufficit; sic v. gr. ad infligendam pœnam extraordinariam sufficit, constare de nisu & animo nocendi, modo aliquo modo ad effectum pervenerit delictum (*b*); econtra vero v. gr. ad instituendam inquisitionem specialem sufficit, constare de corpore delicti, & adesse præterea quasdam præsumtiones contra hanc vel illam personam singulares (*c*).

(*a*) Vid. B. Dn. D. Grafs, Consf. Tub. Vol 5. Consf. 107. n. 67. B. Dn. D. Schweder, ibid. Vol 6. Conf. 87. n. 28. Guazzinus, ad Defens. reor. Def. 4. c. 1. n. 15. & c. 2. n. 18. c. 3. n. 13.

(*b*) Ordin. Carol. art. 178. L. 21. §. 7. ff. de furt. Carpzov, Prax. crim. qu. 2. n. 55. Stryk, us. mod. tit. de priv. delict. §. 7. Tabor, integr. tr. de conatu.

(*c*) Brunnemann, de Process. inquisit. c. 4. & 5. Granz, de Defens. inquisitor. c. 4. n. 2. Sect. 1. n 5. seqq. Ord. crim art. 6 & 8. Nov. Constit. Würt. d. 23. Jun. 1621. § 2. verb. Sodann und fürs andere, wann ein Corpus delicti, und daß eine Mißhandlung begangen, offentlich am Tag ic.

§. 77.

Regulæ dignoscendarum præsumtionum facti, earundemque graduum, infra cap. seq. traduntur.

Jam etiam Regulæ quædam generales, quibus præsumtiones hominis vel facti continerentur, tradendæ essent. Cum vero hæ præsumtiones supponant facta individua probanda, quæ infinities variare possunt: partim difficillimum sane est, omnes hasce præ-

præſumtiones in generalibus comprehendere regulis, partim vero etiam Capite ſeq. generales tradentur regulæ de dijudicandis hujusmodi præſumtionibus hominis, earundemque gradibus, quantum fieri poteſt, determinandis; hinc, ne opuſculum noſtrum in nimiam molem excreſcat, ſufficiant hæ diviſiones ſupra traditæ, quæ, uti quidem putamus, omnes poſſibiles caſus, licet generaliſſime ſub ſeſe comprehendunt. Id unicum adhuc notandum eſſe putamus, in nulla unquam materia nexum diſciplinarum, præſertim Philoſophiæ & Juris, magis ſeſe exſerere, quam in materia de præſumtionibus, inprimis hominis vel facti. Aut enim quæſtio eſt de facto ſimpliciter probando, aut de probanda ejus moralitate (§. 76.). Priori caſu utiliſſima ſane eſt materia de ſignis, de qua in Metaphyſica alias, & quidem in Ontologia diſſeritur (*a*); Poſteriori caſu expedit omnino, JCtum probe callere Pſychologiam, & genuinam habere cognitionem animæ humanæ (*b*); Quo magis enim JCtus in hisce materiis verſatus eſt, ſive longo uſu habitum acquiſiverit, ſive etiam hasce ſcientias per modum artis didicerit, eo magis etiam in materia præſenti noſtra proficiet (*c*).

(*a*) Parens noſter Canzius, in Philoſ. fundament. c. 41. & Idem, in Ontolog. Polem. c. 35.

(*b*) Ill. atque Excell. Dn. Bilfinger, in Dilucid. philoſ. Sect. 3.

(*c*) Triplicem Pſychologiæ uſum philoſophicum, eundemque maximum, Idem demonſtrat Vir Excellent. in alleg. Dilucid. philoſ. Sect. 3. c. 1. §. 236. ſeq. Equidem alium & quidem juridicum Pſychologiæ uſum omnino aſſerere auſim, modo dictum ſcilicet in dijudicanda moralitate actionum humanarum. Operæ pretium hinc fore putarem, ſi quis Pſychologiam ad Jurisprudentiam ex profeſſo applicare, ejusque uſum egregium in hac ſcientia oſtendere ſibi proponeret, & ad modum Polackii, qui Matheſin forenſem conſcripſit, Pſychologiam forenſem edere ſatageret.

§. 78.

Quomodo præſumtiones facti ſuboriantur ex modo probandi?

Monſtravimus hactenus, quotuplici modo præſumtiones hominis vel facti ſeſe exſerere poſſint circa objectum probandum. Jam vero etiam tradendum eſt, quomodo quandoque ſuboriantur ex modo probandi. Supra (§. 22. not. *a.*) dictum fuit, a JCtis probationem diſpeſci in plenam & minus plenam, nec non, quid dicatur plena & minus plena, ibidem indicavimus. Licet igitur probationem minus plenam valde improprie probationem appellari ſupra demonſtraverimus; nihilominus tamen illam inter præſumtiones referre nulli dubitamus. Minus plena enim probatio

probatio dicitur, quæ ſola judici non plenam facit fidem; eodem fere modo probabilitatem juridicam definivimus (§. 27.); adeoque & omnino præſumtionibus annumeranda eſt hæc minus plena probatio (§. 28.) (*a*).

(*a*) Idem in effectu Practici omnes aſſeverant. Dn. a Lyncker, in Diſp. de ſemipl. probat. Stryk. Diſſ. de probat. ſemiplen. Bardili, Diſp. Unicus teſtis, nullus teſtis. Carpzov., lib. 3. reſp. 67. n. 11. Gail, lib. 1. obſ. 108. n. 6.

§. 79.

Refutantur quædam diviſiones ſpuriæ, & quidem prima, qua diſtribuuntur in neceſſarias & non neceſſarias.

Coronidis loco tandem ſub finem hujus Capitis allegabimus quasdam diviſiones præſumtionum, a veteribus quibusdam traditas, ut conſtet, quam confuſas quandoque in hac materia ideas habuerint, & quam parum eorum principia utilitatis quandoque habeant, licet haud raro in ipſis concluſionibus feliciores fuerint, uno verbo, quam parum logice in hac materia, quæ, noſtro quidem judicio, quam maxime philoſophica eſt, proceſſerint. Sic ſpuriam ſtatim eſſe, ex ſupra probatis, patet, diviſionem præſumtionum in neceſſarias & non neceſſarias, a Menochio traditam, qui ad illas præſumtiones juris & de jure, ad has præſumtiones juris & hominis retulit (*a*). Cum enim omnis præſumtio per definitionem ſit probabilitas juridica (§. 28.); Probabilitas autem ſupponat factum nondum undiquaque determinatum, ſive quod nondum omnimodam ſui habet rationem ſufficientem (§. 14.); facile patet, id, de quo probabiliter ſaltem, i. e. per præſumtionem, conſtat, adhuc hoc vel illo modo determinari, adeoque hoc vel illo modo ſeſe habere poſſe, conſequenter neceſſarium non eſſe. Hinc minus cohærent ea, quæ infra tradit Menochius, quando differentiam fictionis a præſumtione oſtendere contendit; ibi enim diſertis verbis notam characteriſticam præſumtionis in eo ponit, quod præſumtio ſemper verſetur circa rem dubiam, quæ eſſe poſſit & non poſſit (*b*). Adeoque mirum non eſt, quod alii jam nodum hunc viderint, & præſumtionem juris & de jure ab initio quidem argumentis probabilibus niti, ex poſt vero per Legislatorem determinari & pro veritate haberi, affirmarint (*c*), quos tamen ſupra refutavimus (§. 52. not. b.).

(*a*) Menochius, de præſumt. lib. 1. qu. 3. n. 3. & 4. ubi in ſpecie exemplum allegat ejus, cui caput amputatum eſt, quod ſcilicet præſumtio juris & de jure tum adſit, talem mortuum eſſe. Quis vero non hoc pro veritate abſoluta, ne dicam juridica, habebit? Aliud ibidem allegat exemplum, quod

ſcilicet ex fumo per præſumtionem juris & de jure conſtet de igne; Sed & hoc pro veritate abſoluta quis non habebit?

(*b*) Menochius, d. l. lib. 1. qu. 8. n. 2. & 3.

(*c*) Ludovici, alleg. Diff. de præſumt. bonit. §. 8. p. 10. & 11.

§. 80.

Rejicitur diviſio in præſumtiones facti & juris, quatenus illæ a rebus corporeis deſumta eſſe dicuntur.

Haud admodum bene porro comparatam eſſe judicamus illam præſumtionum diviſionum, quando Menochius illas diſtribuit in præſumtiones facti & juris (*a*), facti præſumtiones dicens illas, quæ a rebus corporeis deſumtæ ſint, ad juris autem præſumtiones referens, quæ circa res incorporeas verſentur (*b*). Omnes enim præſumtiones originetenus a rebus corporeis, h. e. rebus ſenſibus percipiendis, fieri, vel ex eo patet, quia nulla idea in mente eſt, quæ non originem ſuam, ſive mediate, ſive immediate ſenſibus debeat. Quodſi vero Menochius contendat, præſumtiones hominis vel facti magis immediate, quam præſumtiones juris, a rebus corporeis repeti, nego & pernego ejus hypotheſin; ſemper enim in materia præſumtionum, ubi ſcilicet ſemper de facti veritate quæritur, a circumſtantiis vel factis antecedentibus ad conſequentia fit argumenta; quæ circumſtantiæ vel facta quin corporei quid ſint, nemo dubitabit. Quodſi vero quammaxime conceſſerim, diviſionem hanc in ſe adhuc certo modo admitti poſſe, nullum tamen ejus hactenus video uſum, adeoque & entia præter neceſſitatem cumulare nollem. Hoc tamen ſenſu adhuc aliquo modo ſalvari poſſe arbitror hanc diviſionem, ſi Menochius præſumtiones hominis vel facti utplurimum deſumtas eſſe ex facti cujusdam magis particularis & individualis circumſtantiis, quam præſumtiones juris (§. 58.), licet utraque tam a rebus corporeis, quam incorporeis, originem habere poſſit ſuam, contendat.

(*a*) Menochius, c. l. lib. 1. qu. 11. n. 2. ubi ita ratiocinatur: Præſumtio juris nititur Lege, Lex eſt inviſibilis, adeoque incorporale quid, E. præſumtio juris nititur re incorporali. Sed pari modo ratiocinari poſſemus: Præſumtio hominis vel facti nititur Lege, (ſi non expreſſe, tacite tamen, ipſo Menochio fatente lib. 1. qu. 5. n. 18. ubi præſumtionem facti a Lege discrepare non debere ait) A. Lex eſt inviſibilis, E. annon enim & Leges hasce præſumtiones ex certis factis eruerunt & ita ſequendas ſtatuerunt? Sed transeant hæc.

(*b*) Menochius, c. l. lib. 1. qu. 11. n. 15. & 16.

§. 81. Minus

§. 81.

Minus accurata etiam eſt illa præſumtionum diviſio, quando Menochius (*a*) cum Cicerone (*b*) illas conſtare dicit argumentis, ſignis & exemplis. Si Auctores hujus diviſionis ſuſtinerent, ex ſigno argumentum fieri, quod deinde argumentum dicatur præſumtio, equidem haud admodum repugnarem, ſed, cum argumenta & ſigna quaſi ſibimet invicem opponant, omnino hactenus diſſentire licebit. Omne enim ſignum, dum ſignum eſt, in ſe jam habet rationem aliquam concluſionis ad alterum, cum ſignum & ſignatum inter ſe ſint correlata. Præſertim vero in eo falluntur Menochius & Cicero, quod ſignum & argumentum in eo a ſe invicem differre credant, quod ſignum & arte carere poſſit, argumentum ſemper artificii quid ſupponat. Supra enim jam dictum fuit; hæc duo ſaltem formaliter a ſe invicem differre, quia ſcilicet in unaquaque præſumtione diſtingui poteſt materia ſive illud factum, ex quo alterum colligitur, & forma ſive concluſio ipſa, quæ fit in mente humana, adeoque, ſi Menochius argumentum & ſignum pro duabus diverſis præſumtionum ſpeciebus habeat, maxime errat. Ne dicam, & hanc diviſionem plane nihil utilitatis habere.

Nec non illa, qua diſtribuuntur in argumenta & ſigna.

(*a*) Menochius, d. l. lib. 1. qu. 6. n. 1.
(*b*) Cicero, in Topica.

§. 82.

Neque minus Menochium (*a*) male ſibi invicem opponere arbitror præſumtionem, indicium, conjecturam, ſignum, ſuſpicionem, adminiculum; Indicium enim, conjecturam, ſignum, ſuſpicionem & adminicum ſi non pro uno eodemque, certe tamen pro diverſis præſumtionum hominis vel facti ſpeciebus habemus. Omnibus enim hisce ſpeciebus definitionem præſumtionis competere vel ex eo colligitur, quia ſingulæ, in judicando, probabilitatis aliquid habere, ab ipſo Menochio (*b*) affirmantur; quod idem & character præſumtionum eſt (§. 28.). Imo, ſi cui lubeat deſcriptiones Menochii harum ſpecierum paulo accuratius ponderare, ſtatim patebit, in effectu plane has ſpecies a ſe invicem haud differre. Unicam in eo ponere videtur differentiam harum ſpecierum a præſumtione, quod præſumtio aliquando oriatur ex neceſſariis, hæ ſpecies nunquam (*c*); ſed falſitatem hujus hypotheſeos ſupra jam ſatis ſuperque refutavimus (§. 79.).

Indicium, conjectura, ſignum, ſuſpicio & adminiculum, male opponuntur præſumtionibus.

 (*a*) Me-

(a) Menochius, d. l. lib. 1. qu. 7. tot.
(b) Idem, d. qu. 7. n. 6. 21. 31. seq. 44. 57. Hoc unicum facile concessero, vocabulum suspicionis in delictis potius usurpari, quam in licitis.
(c) Menochius, cit. loc. d. qu. 7. n. 3. 4. & 5. Add. Ill. Bœhmer, in Diss. de Collis. præsumt. c. 1. §. 4. pag. 8. ubi identitatem conjecturæ & præsumtionis hominis demonstrat ex L. un. ff. si tabb. test. nullæ exstabunt.

§. 83.

Refutantur gradus suspicionis, quatenus a Menochio traduntur.

Tandem non admodum bene sese habet illa divisio, qua non solum præsumtioni opponitur suspicio; sed & hujus iterum tres diversi traduntur gradus: Primus, suspicio temeraria, quando judex levem saltem conjecturam, vel minimum indicium, ad aliquid credendum, vel minus, habet: Secundus, opinio vel verisimilis suspicio, quando fortiora sunt argumenta, nondum tamen ad condemnandum vel absolvendum sufficientia: Et tertius denique, violenta suspicio, si judex plane in unam vel alteram partem absque ulteriori hæsitatione inclinat (a). Primo enim, suspicionem præsumtioni facti vel hominis male opponi, supra jam satis evicimus (§. anteced. 82.); Secundo vero ultimum gradum dari non posse, sed esse veram probationem, arbitror; Probatio enim dicitur ille gradus probabilitatis absolutæ, qui a Legibus approbatus est, ut pro veritate habeatur, quatenus scilicet judici repræsentatur; Nullam enim præsumtionem facti per se esse posse loco probationis vel ex ipsa ejus definitione fluit, nisi alia concurrant adminicula; Et tertio denique nec primum gradum, eatenus, quatenus a Menochio supponitur, admittendum esse puto, qui scilicet huic gradui plane nullum effectum in jure concedit; Si enim vel levissima sint indicia, quin ad minimum aliquid conferant, nullum est dubium. Quodsi vero alicui in genere præsumtionis hominis tres gradus statuere placuerit, quorum tamen nullus per se solus est sufficiens ad condemnandum vel absolvendum, & e contrario, quorum nullus plane nihil confert ad repræsentationem veritatis facti; equidem haud repugnabo, & tum sequenti jam Capite explicabitur, quomodo hi gradus possint dignosci?

(a) Menochius, cit. loc. L. 1. qu. 7. n. 47 -- 56.



Sequitur

Sequitur itaque

CAP. III.

DE REGVLIS DIMETIENDI GRADVS PROBABILITATIS IVRIDICÆ.

§. 84.

Egimus hucusque de Probabilitate juridica five de præfumtionibus in jure, theoretice magis, quam practice; exhibuimus fcilicet illius definitionem, uti fperamus, genuinam, eandemque tam Philofophorum & JCtorum teftimoniis, quam ex ipfa rei natura & indole, quantum fieri potuit, firmavimus; tradidimus porro ejus divifiones genuinas, & indigitavimus, uti nobis quidem perfuademus, characteres genuinos, ex quibus utraque fpecies optime dignofci poteft; Sed, inquis, non absque ratione, Lector! quo Theoria hæc, nifi & oftendatur ejus ufus practicus? Nonne ita fumus venditur? Nonne præftat fubfiftere in Theoria qualicunque, modo fructum inde confequi liceat in praxi ipfa, quam Theoriæ fubtiliffimæ operam dare, cujus tamen nullus in praxi ufus demonftrari poteft? Recte quidem inftares, nifi res ipfa doceret, illis, qui Theoriæ magis magisque excolendæ operam dant, felicioribus etiam effe licere in praxi, accedente fcilicet exercitio & habitu quodam. Quid enim praxis eft, nifi habitus Theoriam applicandi ad cafus quosvis obvios? quo certior, quo diftinctior igitur eft difciplinæ cujusdam Theoria, eo majores & feliciores quoque fint progreffus in praxi ipfa, neceffe eft; cum contra, fi Theoria fit aliquantifper minus diftincta, fi regulæ non fint generales, fed multis inftantiis obnoxiæ, etiam earum applicatio ad factum femper cum formidine quadam oppofiti conjuncta fit, oportet. Ne tamen nullus Theoriæ hactenus traditæ videatur effe ufus, tranfimus jam ad magis practica, tentaturi, annon, ex principiis hactenus deductis, derivari poffint regulæ quædam, quibus quantitates etiam præfumtionum, adeoque quænam alteris fint præferendæ in concurfu, aliquo modo, determinare liceat (*a*)?

Tranfitus ad magis practica.

(*a*) Nonne vero audaciæ indicium non leve eft, argumentum fibi pertractandum proponere, quod, quantum fcimus, nemo, vel pauciffimi, adhuc ex profeffo pertractarunt? Sed abfit, ut folos nos tantæ rei pares judicemus; tentabimus faltem, quousque nobis per vires qualescunque ingenii progredi

liceat,

liceat, occaſionem forte viris gravioribus magisque tam gravi materiæ extricandæ idoneis præbituri, quo argumentum hoc, quod tamen per omnem Jurisprudentiam utilitate ſua quam maxime ſeſe commendat, expoliant. Non parum quidem nobis haurire licuit ex Illuſtr. Bœhmeri, ſæpe cit. Diſſ. de Colliſ. præſumt. qui ſane, quantum nos quidem ſcimus, primus fuit, qui huic materiæ alias valde obſcuræ, lucem affudit, & characterem nobis omnino optimum dijudicandi gravitatem præſumtionum, ſtitit in cit. Diſſ. c. 2. §. 6. p. m. 28. ubi gravitatem & pondus præſumtionum dijudicaturum ad earundem rationem adtendere jubet, & optime quidem, cum, per deducta, quo major eſt ratio aliquid credendi, eo major quoque ſit probabilitas, eoque majus præſto ſit requiſitum ad veritatem; add. Doctiſſ. atque Clariſſ. Göttingenſ. Prof. Dn. Kahl, in Elem. Log. probab. ſect. I. c. I. §. 26. p. 18. ſed tentabimus nos, annon aliquo modo ſpecialius determinare poſſimus, quænam præſumtiones majori ratione nitantur? & quænam itaque alteris ſint præferendæ? Novimus quidem, multum circa Mathematicam præſumtionum quantitatem præſtitiſſe Celeberr. & Eruditiſſ Nicol. Bernoulli, in ſæpe laud. Diſſ. de arte conjectandi in jure, ubi Vir Celeberr. Regulam nobis generalem exhibuit, ſecundum quam emetiri licet omnem probabilitatis gradum; ſed cum partim multi Matheſin non calleant, adeoque multis forte difficillima videri poſſit applicatio Regulæ, de cætero præſtantiſſimæ, partim vero innumeri in jure occurrant caſus, in quibus omnes poſſibiles caſus enumerare vix licet, ob infinitam ſcilicet circumſtantiarum quarumvis varietatem, ſine quarum notitia tamen gradus probabilitatis accurate determinari nequit, vid. Clariſſ. Kahlius, c. l. ſect. I. c. 2. §. 53. tentabimus nos, annon aliquem characterem ſiſtere poſſimus, ex quo ſaltem, quantum fieri poteſt, pondus & gravitas præſumtionum determinari poſſit?

§. 85.

Regulæ tradendæ aſſignabunt quantitatem præſumtionum comparative, non poſitive.

Tentandum nobis eſſe, annon aliquo modo gravitatem & pondus præſumtionum determinare, & eum in finem Regulas quasdam generales ex antecedentibus eruere liceat, ſecundum quas earum commenſuratio inſtitui poſſit? ſupra (§. antec. not. a.) diximus. Cum vero de gradibus præſumtionum genuinis præciſe ſemper conſtare nequeat, ita ſcilicet, ut aſſignari ſemper poſſit, quanto hæc præſumtio vel probabilitas major ſit altera, ex hac quidem ratione, quia, ad quantitatem hujusmodi præciſe & abſolute aſſignandam & calculum inſtituendum, requiritur, ut requiſita ad veritatem aliquam, de qua quæritur, nota ſint omnia; cum alias proportio præſentium ſive cognitorum in problemate ſolvendo, ad ea, quæ remota ſunt, vel incognita, inſtitui, & inde eorum ratio conferri nequeat (*a*), nec etiam in plerisque caſibus Regula Bernoulliana (*b*) propter defectum ſcilicet notitiæ omnium caſuum poſſibilium applicari poſſit; neceſſe eſt ſane, ut tales tradantur Regulæ, ex quibus ad minimnm

cognoſci

cognoſci poſſit, an hæc vel illa præſumtio major ſit vel minor altera, licet præciſe ejus gradus Mathematice aſſignari nequeat, quo deinde, collatis inter ſe præſumtionibus ad minimum aliqua ratione, & quantum fieri poteſt, de probabilitate ejusque quantitate in hoc vel illo caſu conſtet (*c*)

(*a*) Vid. Clariſſ. Kahlius, c. l. ſect. 1. c. 2. §. 53. p. 39.

(*b*) Sæpe laud. Nic. Bernulli, in erudita Diſſ. de arte conject. in jure, c. 1. p. m. 5. Regula hæc eſt: *Multiplicetur id, quod ſingulis caſibus evenit, per numerum caſuum, quibus unumquodque evenire deprehenditur*, ſummaque productorum dividatur *per ſummam omnium caſuum,* quotiens oſtendet, quid probabiliter eventurum ſit, ſive denotabit valorem exſpectationis ſeu gradum probabilitatis quæſitæ.

(*c*) Similis mihi videtur Methodus determinandi quantitates in Matheſi per approximationem, quando ſcil. quantitates, quantum fieri poteſt, determinantur aſſignando limites, in quos quantitates incidunt.

§. 86.

Notandum eſt præterea, in capite præſenti ſpeciatim nobis ſermonem eſſe de quantitate præſumtionum facti vel hominis (§. 77.); quod enim præſumtiones juris attinet, cum illæ, ex definitione, ſint loco probationis, adeoque per ſupra tradita (§. 56.) pro veritate juridica, licet interimiſtica, habeantur: judici, quo de earum quantitate admodum ſolicitus ſit, neceſſe non eſt; quodſi enim aliquis pro ſe habeat præſumtionem juris, judex pro illo, ſi alter contrarium non probaverit, pronunciare debet (*a*); adeoque hoc caſu de reliquis requiſitis ad veritatem adhuc deficientibus amplius JCto ſermo non eſt (*b*).

Præſumtiones juris huc non ſpectant, ſed præſumtiones hominis vel facti.

(*a*) B. Dn. Harpprecht, in Reſp. 83. n. 262. ſeqq. ubi, hujusmodi præſumtionem non ſolum onus probandi in alterum rejicere, verum etiam alias evidentem probationem dici paſſim a DD. tradit, & multis allegatis tam LL. quam DD. firmat.

(*b*) At, inquis, nonne ſupra ipſi conceſſiſtis, dari quandoque pugnam inter præſumtiones juris, adeoque alteram alteri cedere debere (§. 61.)? nonne igitur opus eſt, ut & harum gradus determinetur, quo dignoſci poſſit, quænam alteri ſit præferenda? ſed ſupra jam hanc objectionem prævidimus, &, uti putamus, occupavimus. Demonſtravimus enim, præſumtionem juris ſpecialiorem generaliorem abſorbere, quia ſcilicet illa ſpecialiori & magis determinata nititur ratione, adeoque hoc caſu generaliorem præſumtionem juris induere naturam præſumtionis hominis vel facti, & quidem remotam (§. 64.). Cum igitur ſupra jam traditæ ſint Regulæ, ex quibus præſumtiones juris dignoſci poſſunt, nec non facile appareat, quænam alteris ſint ſpecialiores, quænam generaliores adeoque, quænam pro præſumtionibus facti habendæ ſint?

 de

de iis heic nihil amplius dicendum erit, ut, quantum fieri poteſt, tædioſæ repetitiones evitentur; & inſuper ex ſequentibus regulis apparebit, quantum in caſibus occurrentibus hujusmodi præſumtionibus juris generalioribus, in colliſione ſcilicet cum pæſumtionibus ſpecialioribus, naturam præſumtionum facti induentibus, tribuendum ſit roboris, nec ne?

CAPVT III.

PARS I.

DE PROBABILITATIS IVRIDICÆ GRADIBVS DETERMINANDIS, QVATENVS ILLA SESE EXSERIT CIRCA OBIECTVM PROBANDVM.

§. 87.

Præſumtiones hominis vel facti ſeſe exſerunt vel circa ipſum objectum probandum, vel circa modum probandi.

Cum igitur nobis, per deducta (§. anteced. 86.), in capite præſenti de determinatione quantitatis probabilitatis in præſumtionibus hominis vel facti, non juris, diſpiciendum ſit, præſumtiones autem hominis vel facti ſeſe exſerant vel circa ipſum objectum probandum, vel circa modum probandi (§.78.); facile patet, de utraque ſpecie heic nobis diſſerendum eſſe ſpeciatim; hinc I.) agemus de probabilitate ejusque quantitate, quatenus ſeſe exſerit circa ipſum objectum probandum, & II.) quatenus oritur ex modo probandi. Faciamus initium a prima ſpecie!

§. 88.

Quid Requiſitum ſit ad veritatem? ut de facto quodam plene conſtet, requiritur, ut omnia requiſita præſto ſint.

Ut de facto quodam ejusque veritate plene conſtet, requiritur, ut præſto ſit ejus ratio undiquaque ſufficiens (§.7.), h. e. ut plene determinatum ſit, & omnia ſibi invicem reſpondeant, & ex ſeſe ſint intelligibilia; hujusmodi circumſtantias, ex quibus factum aliquatenus determinatur & intelligitur, vocamus requiſita ad veritatem; hinc patet, ut de facto quodam ejusque veritate conſtet, requiri, ut omnia ad veritatem hujus vel illius facti requiſita præſto ſint & cognita (*a*).

(*a*) Vid. ſæpe laud. Dn. Kahl, in Elem. Log. probab. ſect. 1. c. 1. §. 20. p. m. 12.

§. 89.

Requiſita hæc vel ſunt eſſentialia, vel extra-eſſentialia.

Quæcunque in re quavis poſſibili diſtinguere poſſumus, ſunt vel eſſentialia, ſive ex ſola rei eſſentia per ſe fluunt & cognoſcuntur, vel ſunt accidentia, & non ex ſola rei eſſentia fluunt, ſed rationem ſuam habent partim in ipſa rei eſſentia, partim extra illam,

illam, uti Metaphyſici norunt omnes. Hinc per ſe patet, requiſita hæc ad veritatem facti cujusdam vel ſpectare ad ejusdem eſſentialia, vel ad accidentalia.

§. 90.

Licet ad omnimodam veritatem facti cujusdam, per demonſtrata, (in §. 88.) requiratur, ut omnia ſint determinata, atque ex ſeſe invicem ſint intelligibilia, adeoque & eſſentialia veritatis requiſita & accidentalia amice conſpirent; non tamen ſemper opus eſt judici, ut præciſe accidentalia requiſita ipſi ſint cognita, modo de omnibus eſſentialibus ipſi conſtet. Ubi enim omnia facti cujusdam requiſita eſſentialia ſimul præſto ſunt, fieri non poteſt, quin accidentalia inſimul conſpirent, licet de illis judici ſpeciatim non conſtet; ubi enim effectus certus eſt, etiam cauſa determinata præſto ſit, neceſſe eſt, licet de cauſa ſpeciatim non conſtet; cum igitur judici, ſi de facti alicujus veritate inveſtiganda quæſtio incidit, proprie de facto ipſo ejusque eſſentialibus, tanquam effectu, conſtare debeat, facile patet, ſi de hisce eſſentialibus omnibus, ſive de effectu, conſtet, opus haud eſſe, ut de circumſtantiis accidentalibus vel & cauſis quoque ipſi liqueat. Exemplum rem magis illuſtrabit: quæſtio ſit: an Cajus Titium occiderit? ponamus, per teſtes oculatos, omni exceptione majores, probatum eſſe, Cajum Titium gladio in via Regia percuſſiſſe, & Titium illico mortuum deprehenſum eſſe; ponamus porro, in inſpectione oculari a Medicis unanimiter concludi, Titium neceſſario ex hoc vulnere mortuum eſſe; hoc ſane caſu nemo inficiabitur, Titium a Cajo interemtum eſſe, licet de accidentalibus circumſtantiis, v. gr. num Cajus nigra, an rubra veſte indutus fuerit? num Cajus antea odio proſecutus ſit Titium? num gladius ſit Caji, num alterius &c.? judici non conſtet (*a*).

Si judici de omnibus requiſitis eſſentialibus conſtat, non opus eſt, ut ipſi inſimul de accidentalibus conſtet.

(*a*) Quamvis enim in hujusmodi circumſtantias quandoque inquiratur, ſi exinde animus malignus probari poſſit; attamen tum iterum de alio & novo facto quæſtio eſt, an Cajus dolo malo Titium occiderit? adeoque eatenus nondum adſunt omnia requiſita eſſentialia; nos autem ſuppoſuimus ſaltem caſum, ubi de probando corpore delicti, num ſcilicet Cajus Titium occiderit? abſtrahendo tantiſper, an hoc dolo malo, an alio caſu, factum ſit? quæſtio erat.

§. 91.

Ubi non de omnibus eſſentialibus requiſitis conſtat, ad omnes circumſtantias cognitas, quotquot haberi poſſunt, tam eſſentiales, quam accidentales, attendendum eſt.

Contra vero, ubi non de omnibus eſſentialibus ſimul conſtat, ſed ſaltem de uno vel altero, vel & ſaltem de quibusdam accidentalibus circumſtantiis judici conſtat, adeoque de ipſo facto probando, tanquam effectu, judici haud liquet, omnino omnes circumſtantiæ tam eſſentiales, quam accidentales, quotquot haberi poſſunt, colligendæ ſunt, quo factum ipſum, quantum fieri poteſt, determinetur, & veritas eruatur.

§. 92.

Ubi plura vel graviora præſto ſunt requiſita, ibi major eſt gradus probabilitatis.

Veritatem facti omnem certis abſolvi requiſitis, quæ, ſi præſto ſint, veritatem plenam conſtituunt, ſi removeantur, una & removetur veritas, ſupra (§. 88.) evicimus. Quo plura igitur vel quo graviora adſunt requiſita, eo major ſit probabilitatis gradus neceſſe eſt; id quod vel ex eo patet, quia, quo major eſt ratio aliquid credendi, eo major eſt probabilitas (§. 14.); jam vero, ubi factum magis determinatum eſt, & de pluribus ejus requiſitis liquet, major omnino eſt ratio, illud pro vero habendi, quam ubi de paucioribus vel levioribus ejusdem requiſitis conſtat; ex paucioribus vel levioribus enim requiſitis ipſa facti veritas minus intelligi poteſt, quam ex pluribus & gravioribus (§. 5.).

§. 93.

Circumſtantia antecedens, ex qua concluditur ad conſeques ſive factum, aut eſt requiſitum hujus facti individui, de quo quæritur, aut pluribus ejus generis communis.

In qualibet præſumtione, facti vel hominis, requiritur, ut conſtet de circumſtantia aliqua antecedente, ex qua concluditur ad ipſum factum, de quo quæritur (§. 73.); Quælibet autem præſumtio ſpecialis, ſive hominis vel facti, ſupponit, ut factum probandum exceptum ſit a Regula generali (§. 57.); de hujusmodi autem facto probando, & a Regala generali excepto, aut conſtat ex tali circumſtantia antecedente, quæ non præciſe ad hujus facti individui requiſita ſpectat, ſed pluribus hujusmodi factis communis eſt, aut ex circumſtantia ex hoc facto probando, eodemque NB. individuo, deſumta, adeoque ex requiſito quodam ad veritatem hujus præciſe facti; Cum autem factum, de quo quæritur, magis ſemper determinetur ex circumſtantiis huic facto individuo propriis, qnam ex aliis, multis factis communibus: facile patet, ſi conſtet de circumſtantia quadam facto probando individuali propria, ſive de requiſito ad ejus veritatem, majorem eſſe probabilitatis gradum, quam ſi conſtet de tali

tali circumſtantia generali multis factis communi (*a*). Ad huhusmodi circumſtantias generales referri poſſunt, variatio, mutatio coloris, ſi quis de delicto quæſitus palleſcat, vel contremiſcat, ſi quis in reſponſionibus hæſitet, fama, vita anteacta, & complures aliæ, vid. (§. 63. not. b.) (*b*).

(*a*) Confer. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 32. n. 76. ubi ita: quod enim & iſta *fraudulenta ſimulatio & negatio* contra Reum *principaliter* militantia indicia haud parum corroborent &c., cur opponit heic indicia hæc generalia negationem & ſimulationem ſcil. illis, quæ principaliter contra Reum militant? quia illa erant generalia reliqua ex ipſis facti individui circumſtantiis erant petita.

(*b*) Exemplum rem magis illuſtrabit: Ponamus, Caji occiſi cadaver reperiri in aliquo loco, ex ſectione & inſpectione conſtare, Cajum interemtum eſſe, & ex vulnere periiſſe; ponamus porro, Titium olim odio proſecutum eſſe Cajum, famam ſuboriri Cajum a Titio fuiſſe occiſum, Titium a judice interrogatum palleſcere, & contremiſcere; ſuſpicionem ſane exinde ſuboriri contra Titium facile patet, cum aliquot hoc caſu ſuſpiciones generales contra illum concurrant, a) odium antecedens, b) fama ſubſecuta, illum eſſe homicidam, c) pallor & tremor coram judice; omnes vero hæ ſuſpiciones ſunt generales & multis factis communes, nec ſupponunt circumſtantiam huic facto individuo probando propriam, nec ideo ſolæ ſufficiunt ſaltem ad torturam. Ord. Crim. Carol. art. 27. verb: Wo aber ſolcher argwöhniger Theil oder Stück etliche bey einander auf jemand erfunden werden, ſo ſollen diejenige, denen peinlicher Frag halber zu erkennen gebühret, ermeſſen, ob dieſelbe obbeſtimmte (ſcil. ſuſpiciones generales) oder dergleichen erfunden-argwöhnliche Theil oder Stück ſo viel redlicher Anzeigung der verdachten Miſſethat thun mögen, als die nachfolgende Artickel, der ein jeder allein eine redliche Anzeigung macht und zu peinlicher Frag genugſam iſt. hinc hoc caſu omnino reum abſque ſententia dimittendum eſſe putem. vid. Excell. Dn. D. Mœglingii, Patroni noſtri multis modis ſuſpiciendi, Diſſ. de Dimiſſ. Reorum ſine ſententia, §. 8. p. m. 22. quia enim hoc caſu fieri poteſt, ut aliquando majores eruantur circumſtantiæ, vel accedant ex ipſis circumſtantiis facto individuo propriis, omnino neque abſolvendus, neque condemnandus eſt reus, & ne quidem tortura decernenda; admodum enim inhumanum foret, gravatum nonniſi generalibus ſuſpicionibus, ſi & plurimæ concurrerent, quamdiu de facto hoc in ſpecie plane nullatenus conſtat, aliquem torqueri, & remedium veritatis eruendæ tam durum, imo valde dubium & periculoſum, adhibere. Ponamus vero porro, ad ſupra enarratas generales ſuſpiciones accedere vel unicam ſaltem, ex circumſtantiis facto ipſi probando propriis, v. gr. Titium in via ad locum, ubi Caji cadaver repertum erat, viſum eſſe; hoc ſane caſu omnino aliquem ad minimum torturæ gradum applicari poſſe putem, ex rationibus infra ulterius explicandis. Quodſi vero v. gr. Titii gladius vel alia quæcunque res, quæ Titii fuerat, reperiatur prope Caji cadaver; hoc ſane caſu, licet nulla alia accedat circumſtantia, tortura decerni poteſt; Ord. Crim. art. 29. vel poſito, Titium, tempore homicidii, ſanguinolento gladio vel veſtibus ſanguine perfuſis viſum eſſe, vel & apud Titium v. gr. horolo-

gium portatile vel nummos reperiri, quod vel quos Gajus occisus secum tulerat; tanta sane est suspicio, ut vel ex hac sola tortura decerni possit. Ord. Crim. Carol. art. 33. &c. quænam est ratio? Resp. quia hi casus non solum supponunt suspiciones ex ipsis facti individualis circumstantiis desumtas, sed & easdem non remotas, sed propinquas. Sed de his jam pluribus agendum erit.

§. 94.

Circumstantiæ hæ generales nec ex facto individuo, tanquam ejus requisito, petitæ, levissimam constituunt præsumtionem.

Circumstantias igitur, ex quibus fieri solet illatio ad factum probandum, aut generales esse, nec præcise requisitis veritatis hujus vel illius facti individui accenseri, vel ad ejusdem requisita referri, supra diximus (§. 93.); nec non generales hasce circircumstantias nonnisi remotas constituere conjecturas, ibidem evicimus, adeo, ut & plures simul sumtæ ne quidem locum faciant torturæ, nisi & accedant circumstantiæ ex ipso facto probando individuali petitæ; jam igitur aliquo modo harum quantitas determinata est, sed etiam, quænam harum circumstantiarum inter sese concurrentes fortiores sint, nec ne? dispiciendum esset; cum autem hoc specialiter, ob innumeram circumstantiarum & factorum varietatem, & deficientem notitiam personarum, earundemque passionum, temperamentorum &c., determinari vix ac ne vix quidem possit, transeant hæ, & sufficiat nobis, scire, omnes has ad classem levissimarum conjecturarum pertinere, nec per se, nisi concurrant circumstantiæ facti individui, aliquid operari, nisi forte, ut aliquando inquisitio specialis decernatur (*a*). Progredimur igitur ad circumstantias facti probandi individuales, tanquam requisita veritatis in facto probando (*b*).

Communem famam.

(*a*) Conf. d. Ord. Crim. Carol. art. 6. verb: So jemand einer Ubelthat, durch gemeinen Leumuth berüchtiget, oder andere glaubwürdige Anzeigung verdacht und argwöhnig, und derhalb durch die Obrigkeit von Amtswegen angenommen würde rc. & art. 10. verb: So der Kläger die Obrigkeit oder Richter verruft, jemand zu strengen peinlichen Rechten, zu Gefängnus zu legen, so soll derselbige Ankläger die Ubelthat und derselben redlichen Verdacht, die peinliche Straf auf ihm tragen, zuvorderist ansagen rc. Ex quo patet, ad decernendam inquisitionem specialem requiri, ut, præter corpus delicti, judici de aliqua suspicione, ad minimum generali, sive fama publica, sive alia, a denunciante indigitata & legitime probata, liqueat. add. Cothmann. Vol. III. resp. 30. n. 60. seqq. Rittershusius, in Cons. Alt. resp. 35. per tot. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de publ. judic. §. 11.

(*b*) Hoc unicum nobis addere liceat, nostro quidem judicio non parum lucis affusum iri, quantum in specie ad magis determinandos gradus probabilitatis attinet,

attinet, hujusmodi conjecturis generalibus, si adtendamus magis ad casus individuos, & notemus numerum casuum, in quibus, iisdem positis circumstantiis, hoc vel illud secutum est; hinc omnino, cur Practicus exercitatus leviori opera gradus probabilitatum harum determinare possit, quam alius, cui nondum tot obvenerunt casus, facile patet. Hinc & patet usus Consiliorum, quæ quandoque typis excudi solent. Cum enim tam in Regno Morum, quam Naturæ, omnes eventus certis LLbus contineantur, illo casu psychologicis potissimum, hoc casu cosmologicis; omnino ille, cui multum circa decidendos casus speciales versari licuit, per exspectationem casuum similium, sensim sensimque sibi ipsemet ex analogia casuum hasce leges aliquo modo formare poterit, &, si ad frequentiam hujus vel illius eventus sub iisdem circumstantiis adtendat, eruere poterit aliquo modo & determinare quantitatem & gravitatem harum conjecturarum; Clar. Dn. Kahl, in Elem. Log. Prob. sect. 1. c. 2. §. 65. seq. Quo plures enim ejusdem generis casus menti nostræ obversati sunt, eo faciliori negotio ad omnes in illis occurrentes circumstantias adtendere, & diversa distinguere, similia autem cognoscere possumus. per Princ. Psychol. add. Dn. Kahl, c. l. sect. 3. c. 2. §. 266. p. m. 231. Nec non faciliori modo in dijudicandis hisce conjecturis versabitur ille, qui praxi huic principia Cosmologica & Psychologica jungit, adeoque tam Leges motuum, quam Leges, secundum quas anima humana agere consuevit, bene novit.

§. 95.

Transitus ad requisita facti probandi individualia.

Progredimur itaque, secundum promissa, ad circumstantias ex ipso facto probando individuo petitas, adeoque ad ejus veritatis requisita spectantes; ex quibus illatio fit ad ipsum factum probandum, de quo quæritur; operam daturi, num heic feliciori fortasse eventu determinare liceat aliquo modo gradum probabilitatis? speramus ad minimum, fore, ut aliquo modo determinetur, quænam circumstantia altera sit fortior, quænam debilior, adeoque ut inveniantur limites, in quas incidunt hujusmodi circumstantiæ.

§. 96.

Qui facti veritatem in toto suo complexu scire satagit, illi nota esse debent omnia ejus requisita, tam essentialia, quam extraessentialia.

Omnis facti veritas absolvitur certis requisitis, & hæc requisita sunt vel essentialia, vel extraessentialia, ut ita loquar; utraque tamen nota esse debent illi, qui facti veritatem probe callere satagit. Cum enim, si de facti cujusdam veritate indaganda quæstio sit, sermo sit de facto individuo, h. e. undiquaque determinato (*a*), omnia autem contingentia determinata supponant etiam circumstantias extraessentiales (*b*), facile patet, facti veritatem cognosci non posse plene, nisi de omnibus ejus determinationibus, adeoque & circumstantiis extraessentialibus, constet, licet aliquando JCto, si præsto sint omnes circumstantiæ

tiæ eſſentiales, præciſe opus haud ſit, ut ipſi etiam de extraeſſentialibus liqueat, ſed hæ tum ſupponi poſſint (§. 90.).

(*a*) Evolv. Illuſtr. atque Excell. Dn. Bilfinger, in ſæpe alleg. Dilucid. philos. ſect. 1. c. 4 §. 93. p. m. 86. ſeq. add. Parens noſter Canzius, in Ontol. Polem. c. 12. §. 79. & in Philos. fundam. in Ontol. c. 19. §. 280. p. m. 36.

(*b*) Omnia enim contingentia determinantur per alia; quod vel ex eo patet, quia hujus determinationis ratio in aliis extra contingentia poſitis quærenda eſt. Parens noſter Canzius, in Philos. fundam. in Theol. Nat. ſect. 1. P. 2. c. 3. §. 1381. p. m. 203.

§. 97.

Licet judex, ubi de omnibus eſſentialibus conſtat, extraeſſentialibus circumſtantiis ſuperſedere poſſit, non tamen has præterire poteſt, ſi de omnibus eſſentialibus non conſtet.

Licet igitur, per modo demonſtrata, judex, ſi ipſi liqueat de circumſtantiis facti eſſentialibus, ſuperſedere poſſit reliquis omnibus accidentalibus, quamvis cum facto ipſo connexionem habeant; non tamen illas præterire poteſt in caſu, ubi de determinando gradu probabilitatis ſermo eſt, nec de omnibus eſſentialibus conſtat (§. 91.); quia enim per hypotheſin factum aliquo modo determinant, adeoque ex illis intelligitur aliquantiſper, cur factum potius ita, quam aliter, contigerit? & conſequenter ex illis peti poteſt ratio quædam concludendi ad factum, de quo quæritur, omnino & harum ratio habenda eſt, quia, quo major eſt ratio, aliquid pro vero habendi, eo major quoque eſt probabilitatis gradus (§. 14. & 92.) (*a*).

(*a*) Add. Illuſtr. Bœhmer, in ſæpe laud. Diſſ. de Collis. præſumt. c. 2. §. 6. p. m. 28.

§. 98.

Hæ circumſtantiæ connexæ, ſunt vel antecedentes, vel concomitantes, vel conſequentes.

Quia igitur in determinando gradu probabilitatis ratio habenda eſt omnium circumſtantiarum facti, quæ ſcilicet cum facto, de quo quæritur, connectuntur, ſive ejus requiſita ſunt (§. 97.), *circumſtantiæ autem connexæ vel eſſe poſſunt antecedentes, vel concomitantes, vel conſequentes*, quia ſcilicet quodlibet factum omnimodo determinatum eſſe, adeoque cum antecedentibus concomitantibus, & conſequentibus cohærere debet; intelligitur, circumſtantias facti cujusdam individui, ex quibus aliquid infertur & concluditur ad ipſum factum, de quo quæritur, eſſe *vel antecedentes, vel concomitantes, vel conſequentes* (*a*).

(*a*) In hac hypotheſi, uti ſperamus, omnes JCtos habemus conſentientes; ſæpe enim, in dijudicandis circumſtantiis, ea, quæ præparatoria actus & conſequentia appellant, probe ſecernunt ab illis, quæ factum probandum immediate tangunt; quid enim aliud ſibi vult locutio illa maximi nominis JCtis frequentiſſime uſitata: ex ſequentibus antecedentia eſſe explicanda? vid. B. Dn.

B. Dn. D. Harpprecht, Resp. I. n. 90. Resp. XIV. n. 207. item ex antecedentibus & consequentibus optimam desumi interpretationem? vid. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 205. n. 16. Porro: quod præparatio ad actum quendam ipsius actus secuti indicium præbeat? B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 32. n. 70. seqq. & Resp. 65. n. 26. Cur itidem præparatoria contractus tam sollicite ab ipso contractu secernuntur &c.? Idem, Resp. 97. n. 46. seqq. Nullam aliam video rationem, quam hanc, quia ex antecedentibus & consequentibus ad ipsum actum aliquo modo fieri potest illatio, quamvis harum circumstantiarum gravitas diversa sit, quandoque major, quandoque levior; id quod volumus.

§. 99.

Circumstantias factum probandum determinantes, sive requisita ad veritatem facti quæsiti, illud vel antecedere, vel concomitari, vel subsequi, supra probavimus (§. antec. 98.); jam, quænam vocentur concomitantes circumstantiæ, quænam antecedentes, quænam consequentes? paulo penitius dispiciendum est, quia exinde ad illarum gravitatem vel pondus aliquo modo argumentum duci potest. Concomitantem circumstantiam appellamus, quæ factum probandum immediate tangit & *aliquo modo* determinat; v. gr. pone, aliquem prope occisum cadaver reperiri, vel plane reperiri ibidem stricto gladio; hæc sane circumstantia est concomitans; immediate enim connectitur cum facto probando, scilicet homicidio; *antecedentes circumstantias* vocamus, quæ mediate, & nonnisi positis intermediis aliis circumstantiis & requisitis, factum probandum *aliquo modo* (*a*) determinant, & quidem in ratione causarum; v. gr. Titii cadaver interemtum reperitur in sylva, Cajus tempore probabiliter commissi homicidii visus fuit in via ad sylvam & locum corporis delicti; hæc circumstantia nonnisi mediate & in ratione causæ determinat aliquo modo factum probandum; plura enim requiruntur intermedia & sequentia, si exinde probari velit homicidium. *Consequentes denique circumstantiæ* dicuntur, quæ itidem mediate conjunguntur cum facto probando, illudque aliquo modo determinant, sed & in ratione effectuum; sic v. gr. ut in eadem analogia exempli maneamus, consequens est circumstantia, si Cajus ex loco delicti veniens in via visus fuerit, itidem enim mediate connectitur hæc circumstantia cum facto probando, & de quo quæritur, & quidem per modum effectus, non causæ.

Quid sint antecedentes? quid concomitantes? quid consequentes?

(*a*) Non absque ratione dicimus: *aliquo modo determinant*, quia per hypothesin ex circumstantia antecedente non plane determinatur factum proban-

dum, adeoque causa supponitur saltem partialis; quodsi enim supponeremus, ex hujusmodi circumstantiis antecedentibus factum probandum plene determinari, adeoque antecedentes circumstantias esse causam totalem facti illius, de quo quaeritur, non posset non necessario sequi effectus, scilicet factum probandum; posita enim causa totali, non partiali saltem & concurrente, necessario ponitur effectus, evolv. Illustr. atque Excell. Dn. Bilfinger, in Diluc. Philos. sect. 3. c. 2. §. 249. p. m. 240. Causa enim adaequata ab inadaequata probe est secernenda. add. Parens noster Canzius, in Philos. fundam. Ontol. c. 40. §. 831. p. m. 114.

§. 100.

Concomitantes majori probabilitatis gradu sese commendant, quam antecedentes & consequentes.

Immediate cum facto probando connecti circumstantias concomitantes, supra evicimus in definitione circumstantiarum concomitantium (§. 99.); Quaecunque autem circumstantiae cum facto, de quo quaeritur, immediate cohaerent, illae non tot desiderant alia concurrentia requisita, ad determinandum factum, quot desiderant illae, quae cum hoc facto mediate cohaerent, per definit. adeoque illae circumstantiae, quae immediate cum facto, de quo quaeritur, connectuntur, plura supponunt requisita ad facti cujusdam veritatem. Ubi autem praesto sunt plura requisita ad facti cujusdam veritatem, ibi major est probabilitatis gradus, quam ubi liquet de paucioribus (*a*). *Ergo omnino concomitantes facti cujusdam circumstantiae majori sese commendant probabilitate, quam antecedentes & consequentes*, quae quippe nonnisi mediate cum facto probando cohaerent (*b*).

(*a*) Evolv. Clariss. Dn. Kahl, in laud. Elem. Log. probab. cap. 1. sect. 1. §. 26. p. m. 18.

(*b*) En! igitur quantitatem circumstantiarum concomitantium aliquo modo, respectu scil. habito ad antecedentes & consequentes, nec non factum ipsum, determinatum, adeoque limites, in quos incidunt, notos esse, & dici posse, haec vel illa circumstantia concomitans probabilius reddit factum comparative, quam alia antecedens vel consequens, licet gradus praecise probabilitatis in positivo assignari adcurate nequeat; hinc aliquatenus satisfecimus promisso (supra §. 85.) dato. Sed, cum nondum sufficiat haec determinatio, & nimis adhuc generalis sit, tentabimus, annon specialius adhuc determinari possit gradus probabilitatis circumstantiarum concomitantium, potissimum, si inter se concurrant.

§. 101.

Concomitantes sunt vel essentiales, vel extraessentiales.

Patet ex prioribus, circumstantiam concomitantem majorem innuere probabilitatis gradum, quam antecedentem vel consequentem (§. 100.); & ita quidem habemus characterem, ex quo patet, quaenam in concursu alteri sit praeferenda, concomitans,

tans, an vero antecedens, vel consequens? at vero, si circumstantiæ concomitantes inter se concurrant, quid consilii, & quænam alteri erit præferenda? hoc sane nondum determinatum est; operam igitur dabimus, num & hunc casum aliquo modo determinare possimus? Circumstantias esse vel essentiales, h. e. sine quibus factum probandum plane intelligi nequit, vel extraessentiales, quæ, licet haud præcise ita, sed aliter fortasse sese habeant, vel & plane ignorentur, factum nihilominus intelligi potest, supra evicimus (§. 89.). Nec antecedentes, nec consequentes circumstantiæ ipsam notionem facti probandi constituunt, adeoque nec ad essentialia facti probandi spectant; *hinc nonnisi de concomitantibus enunciari potest, quod sint vel essentiales, vel non essentiales & accidentales.*

§. 102.

Concomitantes igitur circumstantiæ sunt vel essentiales, vel extraessentiales; id, quod patet ex (§. antec. 101.) in facti veritate indaganda finis est, ut omnia essentialia facti patescant; his enim cognitis, de ipso facto probando liquet, nec opus est, ut & judici de reliquis extraessentialibus constet (§. 90.); hinc finis, quo scil. factum probandum determinetur, magis obtinetur per circumstantiam essentialem, quam extraessentialem (*a*), *adeoque hæc probabilius reddit factum, de quo quæritur, quam alia extraessentialis, & in collisione huic est præferenda* (*b*).

Essentialis majori sese gradu probabilitatis commendat, quam extraessentialis.

(*a*) Essentia enim internam rei cujusdam possibilitatem constituit; Illustr. atque Excellent. Dn. Bilfinger, in Dilucid. Philos. sect. 1. cap. 1. §. 6. p. m. 5. Parens noster Canzius, in Philos. Fundam. Ontol. c. 9. §. 110. p. m. 15. quo magis igitur essentia facti cujusdam per circumstantiam cognitam determinatur, eo magis factum per eam intelligitur, eo major igitur est ratio, factum pro vero habendi (§. 14.), & eo major quoque est probabilitatis gradus (§. 92.). A. per circumstantiam essentialem; E.

(*b*) En! igitur specialiorem determinationem, ex qua etiam intelligitur, quænam inter concurrentes fortasse circumstantias concomitantes altera sit probabilior, adeoque præferenda.

§. 103.

Quo magis factum probandum per circumstantiam quandam essentialem determinatur, eo magis probabile redditur.

Quæritur, annon etiam aliquatenus determinari possit major gradus probabilitatis inter ipsas circumstantias essentiales concurrentes? quod omnino affirmandum esse puto, & hoc per generalem Regulam exprimi posse arbitror; quo magis ipsa facti quæsiti essentia per circumstantiam cognitam essentialem determinatur, adeoque factum ipsum exinde cognoscitur, eo major

 est

eſt gradus probabilitatis hujus vel illius circumſtantiæ eſſentialis (*a*); id quod vel ex eo patet, quia, ſi de omnibus requiſitis conſtet eſſentialibus, ipſum factum ſatis probatum eſt (§ 90.); quo magis autem per circumſtantiam quandam cognitam eſſentia facti probandi determinatur, eo magis de requiſitis veritatis facti eſſentialibus liquet, eo probabilius igitur redditur factum (*b*).

(*a*) Sæpe enim ita comparata eſt circumſtantia cognita, ut aliam antecedentem ſupponat, factum ipſum autem magis determinet, adeoque alteri aliquid certitudinis ſuperaddat; quin igitur hæc probabilius reddat factum, quam altera, nemo ſane dubitabit. Exemplum ſupra allatum rem magis illuſtrabit: Ponamus, Titii cadaver in ſylva reperiri enſe perfoſſum; ponamus Cajum ſtricto gladio prope cadaver viſum eſſe; erit ſane hæc circumſtantia eſſentialis concomitans, major itaque alia concomitante extraeſſentiali, v. gr. ſi Cajus ſaltem prope cadaver, ſed absque gladio, viſus eſſet; ponamus vero, Cajum viſum eſſe, cum ad Titii occiſi pectus gladium admoveret, etiam hæc erit circumſtantia eſſentialis, ſed major illa, ubi ſaltem ſtricto gladio viſus eſſe ferebatur; cur? Ratio hæc eſt, quia poſterior priorem jam involvit & inſuper facto probando aliquid ſuperaddit; Ponamus porro, Cajum viſum eſſe, cum gladio peteret Titium, & ſanguinem profluentem viſum eſſe ex pectore Titii, iterum hæc erit circumſtantia gravior & fortior priori; & ſic porro, donec omnia facti quaſiti eſſentialia præſto ſint.

(*b*) Vid. ſæpe alleg. Dn. Kahl, in d. Elem. Log. probabil. l. c. c. 1. ſect. 1. §. 26. p. m. 18.

§. 104.

Traditur regula commenſurandi circumſtantias antecedentes & conſequentes.

Habemus igitur normam quandam, ſecundum quam nobis quantitatem & gravitatem circumſtantiarum concomitantium, ſive extraeſſentialium, ſive eſſentialium, dimetiri licet; jam & reſtat, ut ad circumſtantias antecedentes & conſequentes revertamur, operam daturi, num & harum quantitas aliquo modo aſſignari poſſit? eadem fere mihi recurrere videtur regula, quæ (§. antec. 103.) de circumſtantiis concomitantibus eſſentialibus tradita fuit. Circumſtantiæ enim antecedentes & conſequentes mediate connectuntur cum facto ipſo probando, adeoque adhuc ſupponunt plura requiſita, donec ad concomitantes, multo magis donec ad eſſentiales, accedant; *quo propius igitur accedunt ad concomitantes*, h. e. quo plures determinationes, & quo plura requiſita facti probandi, accedunt, *eo probabiliores ſunt circumſtantiæ antecedentes vel conſequentes.* Cur? quo propius enim accedunt circumſtantiæ antecedentes vel conſequentes ad concomitantes, eo magis determinatur factum probandum, eoque minora

nora & pauciora desiderantur requisita veritatis facti (§.99.&100.); quo pauciora autem desiderantur requisita veritatis facti, eo major est gradus probabilitatis; Repetamus majoris illustrationis gratia exemplum supra prolatum: Ponamus Titii cadaver in sylva ense perfossum reperiri, ponamus Cajum in via ad sylvam tendente visum esse; est hæc circumstantia quædam antecedens; quo propior igitur cadaveri fuit, eo magis accedit hæc circumstantia antecedens ad concomitantem, eoque major est ejus probabilitatis gradus (*a*).

(*a*) En! Regulam etiam pro circumstantiis antecedentibus & consequentibus, mediante qua, uti speramus, quantitas illarum, si non in positivo, tamen in comparativo, aliquo modo determinari potest!

§. 105.

Superioribus igitur §§phis tradidimus Regulas dimetiendi gradus probabilitatis, quantum fieri potest, tam pro circumstantiis concomitantibus, iisque sive essentialibus, sive extraessentialibus, quam pro antecedentibus & consequentibus, adeoque stetimus promisso supra (§. 84.) dato; hinc & statim progredi possemus ad præsumtiones hominis vel facti, quatenus oriuntur ex modo probandi, tentaturi, num & heic aliquo modo earum quantitas determinari posset? nisi adhuc indicandæ essent quædam difficultates, quæ aliquando in dijudicandis hujusmodi probabilitatibus & dimensione earundem quantitatum sese exserunt. Sæpe enim accidit, ut circumstantia, ex qua fit illatio ad factum probandum, non satis determinata vel probata sit; unde statim patet, hoc casu non tantum tribuendum esse hujusmodi circumstantiæ, quam si esset determinata in *suo genere*, adeoque hoc casu non tantum efficaciæ habet, quantum habet alia ejusdem generis, quæ autem plene determinata est. v. gr. Ponamus, quæri de homicidio in sylva patrato, & de ejus Auctore, visum esse aliquem in via ad sylvam tunica cærulea vestitum, Cajum autem illo tempore tali vestimento indutum fuisse; hæc sane circumstantia, h. e. hominem, in via visum, fuisse Cajum, si plene probata & determinata esset, haberemus sane circumstantiam antecedentem, eo majorem, quo propior Cajus cadaveri visus fuisset (§. 104.); cum vero ex solo vestimento Caji persona nondum satis determinata sit, huic sane conjecturæ non tantum tribuendum est, quantum alias

Resolvuntur heic quædam difficultates, quandoque occurrere solitæ.

alias alii circumſtantiæ anteccdenti tribueretur, quæ plene in ſuo genere determinata eſt; & quidem eo minus in eodem genere efficaciæ hujusmodi circumſtantiæ minus determinatæ tribuendum eſt, quo minus eſt determinata; & contra eo plus virtutis illi accedit in ſuo genere, quo plures accedunt ejus determinationes; ſic, v. gr. ſi accedant priori exemplo aliæ circumſtantiæ determinantes, e. gr. ſi pateat, viſum in via coma factitia inſtructum vel & hujus vel illius ſtaturæ fuiſſe, hæ autem circumſtantiæ quadrent etiam in Cajum: magis ſane hæc circumſtantia antecedens firmatur, & eo plus roboris accipit, quo magis perſona Titii determinata eſt, ita, ut, ſi plene determinata ſit, hæc circumſtantia omnino omnem antecedentis circumſtantiæ vim accipiat, adeoque gradus probabilitatis dijudicandus ſit plene ex regula ſupra (§. 104.) tradita. Ponamus aliud exemplum: Sacrilegium dicitur commiſſum in templo, & nummi antiquiores, rari, furtim ſurrepti ſunt, quæritur de ſacrilegii Auctore; Cajus nummos ſimiles expendit; quin inde ſuſpicio quædam ſacrilegii in Cajum oriatur, nemo dubitabit; ſed quæritur, qualis ſit hæc ſuſpicio? Reſpondeo: ſi certo conſtaret, nummos hosce revera illos eſſe, qui ſurrepti ſunt, præſto eſſet circumſtantia concomitans non ſolum, ſed & eſſentialis; cum vero de eo nondum ſatis conſtet, nondum etiam tantum efficaciæ huic circumſtantiæ tribuendum eſt in ſuo genere, quantum tribueretur, ſi eſſet probata plene & determinata; & ſic porro: heic certa regula tradi non poteſt, ſed in genere ſaltem dici poteſt, quo magis hujusmodi circumſtantia probata & in ſuo genere determinata eſt, eo plus accipit roboris *in ſuo genere.*

§. 106.

Si talis circumſtantia non ſatis determinata ſit in ſuo genere, ſæpe referenda eſt ad aliam claſſem, & huic majus robur addit.

Ex (§. antec. 105.) apparet, regulas ſupra traditas non aliter locum habere, quam ſi circumſtantiæ in ſuo genere ſint determinatæ plene; quodſi enim deficiat determinatio, ſæpe fieri poteſt, ut circumſtantia, quæ, ſi plene determinata eſſet, ad hanc vel illam claſſem ſpectaret, minus roboris habeat, & ad aliam ſit referenda claſſem; hinc aliquando fieri poteſt, ut circumſtantia, quæ, ſi plene determinata eſſet, ſpectaret ad circumſtantias concomitantes, easdemque eſſentiales, ſaltem referenda ſit inter antecedentes vel conſequentes. Sic, v. gr. ſi Titii vel Caji gladius prope cadaver occiſum reperiatur, eſt ſane hæc circumſtantia

ſtantia concomitans, & eſſentialis, quodſi vero Titius ſaltem viſus ſit in via ad locum delicti gladio inſtructus, hæc ſane circumſtantia eſt ſaltem antecedens, quia nondum ſatis determinatum eſt, nec ex ulla circumſtantia apparet, gladium hunc tempore homicidii prope cadaver fuiſſe, multo minus hoc gladio homicidium perpetratum eſſe; cum enim multi dentur gladii, nec ex alia circumſtantia appareat, hunc præciſe gladium illum fuiſſe, quo homo interfectus eſt, adeoque hæc circumſtantia, alioquin eſſentialis, non ſatis determinata ſit, hæc ſane ſpectat ſaltem ad circumſtantias antecedentes, iisque majus robur addit (*a*). Uſus & applicatio hujus materiæ ulterior infra Capite ſeq. IVto, ubi ex profeſſo de applicatione & effectu juridico harum præſumtionum agemus, pateſcet.

(*a*) Operæ pretium eſſe duximus, ut hanc materiam adhuc exemplo quodam illuſtraremus, ejusque hactenus applicationem ſaltem brevibus monſtraremus; Ponamus, Cajum, tempore homicidii perpetrati, in via, per quam aditus patet ad locum delicti, veſtibus ſanguine perfuſis viſum fuiſſe, quæritur: cuinam ſpeciei hæc circumſtantia annumeranda ſit? Si certum eſſet, Cajum occiſi ſanguine perfuſum eſſe; haberemus ſane circumſtantiam facti concomitantem, eandemque eſſentialem; quia vero hæc circumſtantia per ſe nondum ſatis eſt determinata, ſpectat ſaltem ad conſequentes circumſtantias, iisdemque majus robur addit, ſi, quod probe notandum eſt, nullo modo determinari poſſet, neque probabiliter, Cajum occiſi ſanguine perfuſum eſſe; hinc ſemper adtendendum eſt ad id, num hæc circumſtantia magis determinari poſſit? ponamus, homicidium in campo eſſe perpetratum; ponamus, Cajum indicare non poſſe, cur ipſius veſtes ſanguine ſint tinctæ; ponamus, Cajum neque tali operam dare arti, ex qua aliquatenus concludi poſſit, illum circa ſanguinem effundendum occupari, v. gr. lanionem, venatorem &c., probabiliſſimum ſane erit hoc caſu, & circumſtantia valde veriſimiliter erit determinata, quod ſcil. ejus veſtes ſanguine Titii occiſi ſint perfuſæ, adeoque non dubitandum eſt, quin talis circumſtantia pro concomitante eſſentiali ſit habenda.



CAPVT III.



CAPVT III.

PARS II.

DE PROBABILITATE IVRIDICA ET DETERMINANDIS EIVS GRADIBVS, QVATENVS ILLA SESE EXSERIT CIRCA MODVM PROBANDI.

§. 107.

Tranſitus ad determinationem probabilitatis graduum, quatenus probabilitas ſeſe circa modum probandi exſerit.

Jam accedimus ad materiam paullo difficiliorem, num ſcilicet etiam gradus quidam probabilitatis in præſumtionibus facti vel hominis, quatenus ex modo probandi oriuntur, aliquo modo aſſignari poſſit? Tentabimus, quantum in viribus noſtris poſitum eſt, ſpe freti, fore, ut, ſi rem minus acu tetigerimus, imbecillitati virium noſtrarum aliquid indulgeatur, & nonnihil materiæ ipſi, non ſolum in ſe difficili, ſed hucusque etiam ex profeſſo, quantum ſcimus, nondum pertractatæ, tribuatur. Quando igitur quæritur de aſſignandis aliquatenus gradibus probabilitatis, quatenus ex modo probandi oritur probabilitas juridica & præſumtio; ſtatim apparet, excludi materiam de colliſione diverſorum probandi modorum inter ſe; Cum enim quælibet probatio plena jam ſit veritati juridicæ accenſenda, nec amplius ad probabilitatem juridicam vel præſumtionem, ſed probabilitatem abſolutam, ſpectet, nobis autem ſaltem de probabilitate juridica agendum ſit ſive de præſumtionibus: neque noſtrum eſt de hac materia ſpeciatim diſſerere, eoque minus, quia illa jamjam a Celeberrimo JCto ex profeſſo, & quidem ſolidiſſime, fuit pertractata & exhauſta (*a*).

(*a*) Conf. Illuſtr. Bœhmer, in erudit. Diſſ. de colliſione probationis, per tot.

§. 108.

Modus probandi ordinarius quintuplex eſt.

Nobis igitur ſaltem ſermo eſt de diverſis modis probandi, quatenus unus vel alter nondum omnibus numeris & modis abſolutus eſt, adeoque adhuc in illo aliquid deſideratur. Cum autem modi probandi diverſi ſint, de quolibet aliquid, licet breviſſimis, erit dicendum. Aliunde novimus, quintuplicem proprie eſſe probandi modum ordinarium, *a*) *per confeſſionem ſcilicet ipſius adverſarii*, *b*) *per teſtes*, *c*) *per inſtrumenta vel documenta*,

d) *per*

d) per juramenta, & e) per inspectionem ocularem. De singulis hisce paucis differemus (*a*).

(*a*) Licet quartus probandi modus, per juramenta scilicet, quam maxime subsidiarius sit, nec, nisi deficientibus reliquis probationibus, admittatur, & utplurimum saltem confirmandis probationibus imperfectis, vel infirmandis suspicionibus, accedat, ut suppletorium & purgatorium, vel & ad speciem quandam confessionis referri possit, ut judiciale juramentum.

CAPVT III.

PARS II.

SECTIO I.

DE PROBATIONE, QVÆ FIT EX CONFESSIONE ADVERSARII.

§. 109.

Primus itaque idemque optimus probandi modus est ille, qui fit mediante confessione, quam confessionem alias Reginam probationum omnium adpellitant JCti (*a*). Hinc etiam confessio in jure facta comparatur rei judicatæ, & paratam habet executionem (*b*); confessio autem judicialis, sive in judicio vel post litis contestationem facta, licet requirat præviam sententiam condemnatoriam (*c*), hunc tamen notabilem quoque producit effectum, ut judex statim sententiam condemnatoriam ferre teneatur, ut porro confessus appellare nequeat (*d*), imo, ut & mediante illa res judicata retractari possit (*e*); quod secus sese habet in reliquis probandi modis, ubi ob novas probationes, vel instrumenta noviter reperta, saltem locus conceditur restitutioni in integrum (*f*), imo vero de Jure Würt. utraque habet paratam executionem, & ne quidem in ultima specie requiritur sententia judicis condemnatoria (*g*).

Primo igitur de confessione, tanquam nobilissima probationum specie.

(*a*) B. Dn. D. Lauterbach. Disp. de Confess. th. 41. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. *66.* n 140. Resp. 72. n. 119. Resp. 83. n. 272. & passim.

(*b*) L. 1. L. *6.* pr. & §. 2. & §. ult. ff. L. un. C. de Confess. *L. 56. ff. de re jud.*

(*c*) Gail, lib. 2. obs. 206. n. 1. fin. & 2. Stryk, Us. mod. tit. de confessis, th. 3.

(*d*) L. 2. C. quor. App. non recip. c. 3. §. si autem X. de Appell. in 6to. Lauterbach, in Disp. de Confess th. 38.

(*e*) B. D. Lauterbach, Disp. de Confess. P. 2. th. 41.

(*f*) L. 1.

(*f*) L. 1. ff. de in integr. rest. L. 44. ff. de minor. 25. ann. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de re jud. §. 26.

(*g*) Jus Prov. Württ. P. 1. tit. 33. §. weil eigene freywillige Bekanntnüsse &c. p. 127. add. B. D. Lauterbach, in Differ. Jur. Civ. & Württ. P. 1. th. 54.

§. 110.

Diversos effectus producit confessio in delictis capitalibus, & non capitalibus, vel & civilibus.

Confessionem omnium probationum nobilissimam, imo Reginam probationum, esse, supra diximus (§. 109.) Sed Regula hæc intelligenda est de causis civilibus; at in criminalibus, quatenus hæ pœnam ultimi supplicii involvunt, requiritur, ut constet insimul de corpore delicti, & quidem plene, quatenus scil. pro qualitate delicti, facti sive permanentis, sive transeuntis, corpus delicti alias repræsentandum est (*a*); hinc aliud dicendum de criminibus non-capitalibus vel & capitalibus, in casu, quando de pœna extraordinaria infligenda sermo est, ubi, licet corpus delicti plane non probatum sit, omnino pœna locum obtinet, sed non capitalis, verum alia levior & extraordinaria (*b*), v. gr. fustigatio & relegatio, condemnatio ad operas publicas &c.

(*a*) Lauterbach, in Disp. de Confessione, th. 50. B. D. Harpprecht, Resp. 100. n. 17. seq. Dn. D. Schœpf, in Dec. 130. n. 2. & Criminalistæ passim.

(*b*) Lauterbach, d. Disp. de Confess. §. 50. B. D. Harpprecht, Resp. 94. n. 16. seq. Dn. D. Schœpf, Dec. 176. n. 3.

§. 111.

Confessioni in capitalibus, quando vel majus vel minus robur accedat?

Cum igitur confessio in delictis non-capitalibus a confessione in causis civilibus facta, quoad effectum condemnationis, plane non differat, quæ infra de hac tradentur, quin etiam de illa intelligenda sint, dubitandum haud est. De confessione autem in capitalibus delictis facta heic unicum hoc notandum esse arbitramur, quod, licet sola confessio, cæterum suis requisitis instructa, locum faciat pœnæ, nihilominus gradus ejus probabilitatis augeatur eo magis, quo magis de corpore delicti constat, adeoque, quo plura adsunt indicia, Reum vera, non falsa, confessum esse, eo magis pœna hæc extraordinaria exasperanda sit, & contra, quo minora indicia de corpore delicti præsto sunt, eo levior dictanda sit pœna extraordinaria (*a*). Sic quandoque, ubi plane non, & nequidem per minimam suspicionem, de corpore delicti constat, saltem confinatio decernitur, vel & consilium abeundi Reo datur, ad scandalum removendum (*b*).

(*a*) B. D.

(a) B. D. Harpprecht, Conf. 7. n. 41. seqq. & Conf. 10. n. 136. seq.
(b Et quidem ex hac ratione, quia confiteri factum, quod plane nullo modo apparet, est idem, ac fateri non factum. B. D. Harpprecht, Conf. 10. n. 90.

§. 112.

Hisce præmissis; ad ipsam confessionem accedimus, quantitatem probabilitatis in casibus, ubi quædam desunt ejus requisita, quantum fieri potest, eruturi. Hoc, ut eo melius fieri possit, omnino haud abs re erit, præmittere definitionem confessionis. *Confessio est, quando quis factum quoddam, in sui præjudicium tendens, affirmat* (*a*). Ratio igitur, cur tanta confessioni vis tribuatur, in eo posita est, quia nullo modo credibile est, fore, ut aliquis sciens prudens sibi nocere velit, nisi de injustitia causæ suæ sit convictissimus (*b*). Definitur confessio.

(*a*) B. D. Lauterbach, Disp. de Confessione, th. 1. Idem, in Coll. Theor. Pract. tit. de Confessis, §. 1.

(*b*) Analogia L. 25. pr. ff. de probat. B. D. Harpprecht, Conf. 10. n. 137. ubi ita: „Neque enim jura nostra de quoquam præsumunt, quod falsum con„tra se ipsum testimonium sit perhibiturus; Nemo enim tam fatuus cen„setur, ut in se ipsum, cum jactura sui capitis, (vel & in genere in sui „præjudicium,) ipsemet mentiatur &c.„ add. Clariss. Kahl, cit. Elem. Log. Probab. sect 3. c. 1. §. 224. verb: „Propria testimonia de actionibus „perpetratis, vel non perpetratis, in deteriorem partem, si non vi ex„torquentur, se commendant insigni probabilitate; quoniam inter 1000. „nemo sibi ipsi injurias inferet, ac narrabit, quæ sunt dedecori, NB. „hæc ratio, cur judices secundum confessionem propriam ferant sen„tentias &c.„

§. 113.

Quo majus itaque aliquis ex confessione sua sibi præjudicium imminere videt, eo majori sese commendat probabilitate confessio, licet non omnibus numeris & requisitis absoluta. Et contra, quo minus aliquis præjudicium inde emersurum intelligit, vel quo majus ex confessione sua lucrum ambit, quam contra detrimentum ex confessione redundans est, eo minus valoris habeat confessio, necesse est; Ex hac regula plurimos casus confessionis alias insufficientis, quantum ad ejusdem gradus determinandos attinet, dijudicari posse arbitror. Regula dijudicandi pondus confessionis.

§. 114.

Confessio est vel judicialis, vel extrajudicialis; illa, quæ vel in jure vel in judicio, h. e. olim vel coram Prætore vel judice pedaneo (*a*), hodie vero ante vel post litis contestationem, facta Confessio est vel judicialis, vel extrajudicialis.

 est

eſt (*b*) ; hæc, quæ inter privatos facta eſt (*c*) ; extrajudicialis iterum eſt vel facta præſente & acceptante adverſario, vel hoc abſente (*d*).

(*a*) B. D. Lauterbach, Diſp. de Confeſſione, th. 28. & 40. add. Idem, in Coll. Theor. Pract. tit. de Confeſſis, §. 4.
(*b*) Lauterbach, in Coll. Tract. tit. de Confeſſis, §. 21. Idem, laud. Diſp. de Confeſſione, th. 39. & 42.
(*c*) Lauterbach, in Coll. tit. de Confeſſis, §. 4. & in d. Diſſ. §. 43. ſeqq.
(*d*) Lauterbach, Coll. d. l. §. 23. & in d. Diſp. §. 45.

§. 115.

Recenſentur requiſita confeſſionis judicialis.

Percurramus jam primo loco ſingula requiſita confeſſionis judicialis, indagaturi brevibus, quodnam requiſitum, ſi deficiat, minus probabilem reddat confeſſionem, quam alterum, vel quodnam penitus illam deſtruat, ita, ut plane nullum in jure producat effectum? Requiſita confeſſionis judicialis, ſi rite ac legitime comparata eſt, ſunt: 1) ut facta ſit coram judice competente (*a*): 2) a perſona habili ad confitendum (*b*): 3) adverſario præſente (*c*). Requiſita reliqua, ſcilicet, ut ſit libera, non vi extorta (*d*), clara, ſpecifica (*e*), non veritati oppido contraria (*f*), non erronea (*g*) &c. ex ipſa definitione fluunt, &, quia, illis remotis, ipſa per ſe removetur definitio confeſſionis, oppido patet, deficientibus hisce requiſitis, plane nullum eſſe poſſe effectum juridicum confeſſionis, adeoque neque ſermonem eſſe poſſe hoc caſu de determinando gradu probabilitatis quodam (*h*).

(*a*) C. 4. X. de Judic. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Confeſſ. §. 14. Idem, in Diſp. de Confeſſ. §. 49.
(*b*) Lauterbach, in Coll. d. l. §. 6. & in d. Diſp. th. 7.
(*c*) Lauterbach, Coll. d. l. §. 15. & in laud. Diſp. th. 30. & 40. L. 6. §. 3. ff. de Confeſſis, L. 47. ff. de re jud.
(*d*) Rütger Ruland, de Commiſſ. P. 4. L. 8. c. 10. & 11. Lauterbach, Coll. d. tit. §. 12.
(*e*) L. 6. pr. ff. de Confeſſ. L. 11. §. 7. ff. de Interr. in jure fac. Lauterbach, in Coll. d. t. §. 12.
(*f*) L. ult. ff. de Confeſſ. L. 13. pr. L. 14. §. 1. ff. de Interr. in jure fac. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 11.
(*g*) L. 2. L. 7. ff. de Confeſſis. Lauterbach, Coll. d. tit. §. 12.
(*h*) Ponamus enim, confeſſionem extortam, non liberam, cadet potiſſima ratio, ob quam vis tanta confeſſioni tribuitur, quia ſcilicet aliquis hoc caſu non ſciens prudens vel & ſponte aliquid in ſui præjudicium aſſerit ; cadit enim omnis probabilitatis gradus, ſi quis aliquid in ſui præjudicium aſſerat in caſu, ubi omnes idem facerent. Hoc tamen dici poteſt, quo minor vis eſt illata, eo majorem fidem meretur confeſſio ; ſic v. gr. metus reverentialis, qui in con-

constantem virum non cadit, non infirmat confessionem, neque locum facit restitutioni in integrum, neque quilibet vanus metus, vel minæ, quæ facile executioni mandari nequeunt. B. D. Harpprecht, Resp. 66. n. 84. seqq. Licet autem hoc casu confessio non plane infirmetur, non tamen dubitandum est, quin minor hujusmodi confessionis vis sit, quam confessionis omnimodo spontaneæ; hinc ex gradu metus vel vis, ut ita loquar, actu illatæ, gradus efficaciæ confessionis determinandus est. Aliter quoque dicendum est de confessione metu justo, v. gr. per tormenta rite adhibita, extorta, modo accesserit, ex post, legitima ratificatio. Lauterbach, d. Disp. de Confess. th. 53. Obscura & generalis vel vaga confessio quod nullius possit esse roboris, vel ex eo patet, quia obscura & generalis, sive vaga, confessio ita comparata est, ut in utramque partem explicari possit; quod si vero non constet, num hac vel illa locutione aliquis in sui præjudicium aliquid affirmare voluerit, nec ne? cadit definitio confessionis, hinc & ipsa confessio; in dubio enim locutio in favorem loquentis est explicanda. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 44. n. 453. Lauterbach, d. Disp. de Confessione, th. 6. Dn. D. Schœpf, Dec. 33. n. 18. Idem ex eadem ratione dicendum est de confessione spe majoris præmii, elicita, B. D. Harpprecht, Cons. nov. 85. n. 22. vel & spe impunitatis elicita, Lauterbach, d. Disp. de Confessione, §. 53. & de illa, quæ veritati vel naturæ oppido repugnat; Lauterbach, d. Disp. de Confessione, th. 18. Idem, Coll. Theor. Pract. tit. de Confessis, §. 11. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 7. n. 84. quia scilicet cessat finis confessionis, qui est, ut veritas eruatur; Lauterbach, d. Disp. th. 20. & in Coll. d. l. §. 13. Idem etiam judicium ferendum est de confessione erronea; L. 2. ff. de Confess. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 80. n. 365. seqq. Dn. D. Schœpf, Dec. 10. n. 29. ubi enim non est voluntas aliquid in sui præjudicium asserendi, cadit ipsa confessio (add. §. 112. supra).

§. 116.

Nobis itaque sermo est de tribus illis confessionis judicialis requisitis (§. 115.) expositis, & dispiciendum, quonam licet deficiente, confessio altera præ altera nihilominus majori sese commendet probabilitate. Primum requisitum erat, ut facta esset confessio coram judice competente; secundum, a persona ad confitendum habili; & tertium, adversario præsente & acceptante. Illud igitur requisitum, quod, si deficiat, fini confessionis minimum detrahit, omnino, licet deficiat, magnum adhuc gradum probabilitatis confessioni relinquit. *Ponamus* 1) *confessionem coram judice factam esse absente parte adversa*, quia, qui sciens aliquid in sui præjudicium asserit coram judice competente, non facile mendax præsumendus est, quia judex gravissimam suspicionem contra talem concepturus esset, qui uno momento absente adversario aliquid confiteretur, altero vero momento iterum negaret, adeoque sibimet ipse contradiceret; proxime sane accedit hic gradus confessionis ad confessionem omnibus

Exponitur, quodnam requisitum, si deficiat, plus fini confessionis detrahat, adeoque confessio minori sese commendet probabilitate, quam deficiente altero?

numeris absolutam; minime enim probabile est, quod talis, fatendo, in sui ipsius præjudicium mentitus sit; hinc & judex hujusmodi confessionem, nomine adversarii, ex officio potest acceptare, ita, ut tum talis confessio, licet absente adversario facta, eundem effectum producat, quem alia quævis producit confessio judicialis (*a*) *deficiente igitur licet hoc requisito summus remanet probabilitatis gradus*. *Ponamus porro*, primum requisitum deesse, scilicet *confessionem coram judice incompetente factam esse*, licet talis confessio, coram judice incompetente facta, pro judiciali confessione haberi nequeat, ex ea scilicet ratione, quia judex incompetens intuitu litigantium non est judex, adeoque intuitu illorum pro publica persona haberi nequit; nihilominus tamen, cum talis confessio a prudente & sciente facta sit coram tali, quem pro judice, licet per errorem, habebat, nec hoc casu facile credibile sit, talem mentitum esse, adeoque probabile sit, talem veritatem dixisse, & finem confessionis obtentum esse, *non quidem pro judiciali haberi poterit hæc confessio, adeoque nec vim eandem habebit, quam habet confessio, in priori casu;* nihilominus incidet hæc confessio in privatam vel extrajudicialem confessionem, & hujus magnum gradum consequetur (*b*); minus enim probabile est, talem mentitum esse coram illo, quem, licet erronee, pro judice suo habebat, quam coram alio quovis privato, quem noverat non esse suum judicem, adeoque ubi persuadere sibi poterat, ex tali confessione minus præjudicii sibi metuendum esse. *Ponamus porro tertium casum, personam confitentem ad confitendum fuisse plane inhabilem*, v. gr. furiosum, summopere ebrium, mente captum, iratum in summo gradu &c., facile patet, hoc casu confessionis plane nullam vim fore; cadit enim ipse finis confessionis, veritas scilicet, cum talis, quid agat, plane nesciat, adeoque confessio a prudente & sciente orta esse dici nequeat (*c*). Quo major autem præsto est intellectus, eo major quoque est gradus confessionis; sic fatuus, qui non omni plane destituitur intellectu, omnino aliquo modo confiteri potest, licet hujus confessionis non tanta vis sit, quanta est hominis omnino integræ mentis (*d*). Sic, licet pupillus sine auctoritate tutoris fateri nequeat, alias confessio ipso jure nulla sit (hæc tamen thesis nobis ita videtur intelligenda, ut hæc confessio nulla sit intuitu effectuum, quos alias confessio, omnibus numeris absoluta, producit) non tamen dubitandum est,

quin

quin levem quendam conſtituat præſumtionis gradum confeſſio hujusmodi pupilli, ſi ſcilicet agatur de rebus in ejus ſenſus cadentibus, neque enim plane arcentur a teſtimonio (*e*); quandoque enim proverbio locus eſt: Kinder und Narren ſagen die Wahrheit (*f*). Sic iterum major vis eſt confeſſionis minoris ſine conſenſu curatoris confitentis, quam pupilli, & iterum fœminæ legitimæ ætatis, licet curatore ad litem deſtitutæ, confeſſionis major vis eſt, quam confeſſionis minoris &c. *In genere vero confeſſionem perſonæ, quæ ob deficientem aliquatenus intellectum ad confitendum inhabilis eſt, minorem habere probabilitatis gradum, quam illam, quæ coram judice incompetente facta eſt, vel ex eo patet, quia hæc ſupponit hominem intellectu integro præditum, adeoque hac magis finis, ut ſcilicet veritas obtineatur, attingitur.*

(*a*) Arg. L. 1. §. 15. ff. de Magiſtr. conven. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Confeſſis, § 15. & in dict. Diſp. de Confeſſione, §. 30.

(*b*) B. D. Lauterbach, modo alleg. Diſp. de Confeſſione, th. 29.

(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 6. Idem, in Diſp. de Confeſſione, th. 7. 8. & 9. & in Diſp. de Ira, th. 26.

(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. 7. n. 158.

(*e*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Teſtibus, §. 13. 14. 15. & 16.

(*f*) At obſtare videtur, quod tantum abſit, ut confeſſio pupilli aliquem producat effectum, ut potius, licet acceſſerit tutoris auctoritas, nihilominus tali pupillo vel & minori concedatur reſtitutio in integrum. L. 6. §. 5. ff. de Confeſſis. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Confeſſ. §. 7. & in ſæpe alleg. Diſp. de Confeſſione, th. 7. 10. & 11. Sed reſpondemus: licet non effectum plenum confeſſionis producat talis confeſſio, nihilominus illam, pro gradu intellectus & qualitate objecti, quod ſcilicet in ſenſus cadere potuit impuberum vel minorum, aliquam efficere debere præſumtionem; quod vel ex eo patet, quia impuberes non plane omni deſtituuntur intellectu, adeoque aliquo modo ſcire poſſunt, quid agant, ita, ut horum confeſſiones non plane abhorreant a fine confeſſionis. Id quod & exinde intelligitur, quia impuberes & minores etiam in criminalibus ultimo ſupplicio affici, Harpprecht, Reſp. 99. n. 38. ſeqq. & confeſſione ſua aliquo modo ſibi præjudicare queunt; Lauterbach, in Coll. d. tit. de Confeſſis, §. 7. quod, cum in rebus majoris momenti affirmetur, quales ſunt cauſæ criminales, imo capitales, abſonum ſane foret, plane nullum effectum tribuere confeſſioni in civilibus vel cauſis minoris momenti. Inſuper & reſponderi poteſt, eo ipſo, quia reſtitutio datur in integrum, ſi confeſſio auctoritate tutorum vel conſenſu curatorum facta ſit, non plane nullam eſſe debere hujusmodi confeſſionem; reſtitutio enim in integrum ſupponit negotia per ſe valida; Lauterbach, in Coll. tit. de in integr. reſtit. §. 18. neque reſtitutioni in integrum locus eſt, niſi probata ſit læſio; læſus autem dici nequit minor, niſi probatum ſit, confeſſionem vitium aliud habuiſſe; Lauterbach, Diſp. de Confeſſione th. 11. in fin. verbis:

Cæterum,

Cæterum, *si minor, licet præsente Curatore, adversarii dolo deceptus vel judicis persuasione inductus, aliquid confessus sit*, etiam in criminalibus causis, prævia causæ cognitione, *ipsi in integrum restitutionem concedendam esse, docet post alios, Menochius* &c. Hinc & omnino, si tutor vel curator in judicio ex officio & juris necessitate aliquid confiteatur, præjudicare potest pupillo vel minori; Lauterbach, d. Disp. de Confessione, th. 25. cur non, si ipse præsto sit pupillus?

§. 117.

Dispicitur de confessione extrajudiciali.

Et tantum de confessione judiciali & dijudicandis ejus gradibus si unum vel alterum requisitum deficiat! Restat jam, ut & de confessione extrajudiciali quædam subjungamus. Extrajudicialem cofessionem supra (§ 114.) diximus illam, quæ fit extra judicium, non coram judice, sed coram aliis, qui non sunt judices competentes (*a*). Hinc facile patet ad extrajudicialem quoque spectare confessionem illam, quæ facta est coram judice incompetente (§. 116.) (*b*), qui scilicet intuitu litigantium dici nequit persona publica, sed privata, quamvis hæc magnum confessionis extrajudicialis gradum consequatur (§. 116.). Sic porro huc referenda est confessio coram Notario & testibus facta, nisi Notario eum in finem expresse commissio a judice competente demandata sit (*c*). Neque hic enim est judex competens; omnis autem confessio non coram judice competente facta est extrajudicialis saltem, non judicialis (§. 114.); Et cum illa sit extrajudicialis, quæ fit coram judice non competente, qui tamen magis proprie dici potest persona publica, multo magis hoc dicendum erit de Notario, licet de cætero alio respectu habeatur pro persona publica.

(*a*) Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Confessis, §. 4. Idem, in d. Disp. de Confessione, th. 43.

(*b*) Lauterbach, in d. Disp. de Confess. th. 29.

(*c*) Reformat. Francof. P. 1. tit. 30. §. 1. ibi: Nicht allein aber seynd die gerichtliche Bekänntnüsse, sondern auch die, so ausserhalb Rechtens, als vor Notarien und Zeugen. ꝛc. Jus Prov. Württ. P. 1, tit. 33. §. Es sollen auch ꝛc. pag. 128. verb: Es sollen auch die Bekänntnisse, so ausserhalb Rechtens, vor Notarien und Gezeugen, oder sonst vor ehrbaren Leuten ꝛc. D. Lauterbach, in d. Disp. de Confessione, th. 45. 46. 49.

Hæc iterum vel fit præsente & acceptante adversario, vel non acceptante eodem.

§. 118.

Extrajudicialem confessionem iterum vel fieri præsente & acceptante, saltem non contradicente adversario (*a*), vel illo absente, (supra §. 114.) dictum est. Magna, ratione effectus, est differentia inter hosce duos casus; confessio enim, præsente & acce-

acceptante adverſario facta, incidit aliquo modo in pactum vel promiſſum (*b*), adeoque plene probat (*c*); confeſſio autem extrajudicialis, abſente adverſario facta, ſaltem operatur ſemiplenam probationem, ſecundum communem DD. ſententiam (*d*); Licet de Jure Würtembergico & huic vis ac efficacia plenæ probationis tributa ſit (*e*). Ratio differentiæ mihi potiſſimum in eo videtur eſſe poſita, quia nemo tam facile coram adverſario ſuo aliquid in ſui præjudicium aſſeveraturus eſſe creditur, quam illo abſente, & coram tertiis, quorum nihil plane intereſt, ſive tale quid adſertum eſſe, ſive non eſſe; & hoc enim caſu non tantum fatenti imminet præjudicium, & hinc facilius fieri poteſt, ut aliquis animo ſeſe jactandi aliquid dicat (*f*). Hinc hoc caſu in criminalibus extrajudicialis confeſſio, modo concurrat cum indiciis aliis, locum dat ſaltem torturæ (*g*).

(*a*) Arg. L. 12. pr. ff. de Sponſalibus.

(*b*) C. 10. X. de Probat. B. D. Lauterb. in Coll. Theor. Pract. tit. de Confeſſis, §. 23. & in d. Diſp. de Confeſſione, th. 45.

(*c*) Stryk, in Uſ. mod. tit. de Confeſſ. §. 5. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 23. & in all. Diſp. th. 45.

(*d*) Mevius, P. 7. Dec. 154. n. 5. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 23. & dict. Diſp. th. 45.

(*e*) Jus Prov. Würt. P. 1. tit. 33. §. Es ſollen auch. pag. 128. verb: eine genugſame Beweiſung einzuführen, kräfftig seyn. B. Dn. D. Lauterbach, dict. Diſp. th. 45.

(*f*) Leyſer, in Medit. ad ff. ſpec. 637. n. 2. 3. 4. 5. ubi Vinnium ad §. 1. Inſt. de Milit. teſtam. allegat verbis: „Puta in conviviis, circulis ac congreſſioni-„bus familiarium, ubi ſæpe leviter quædam effundimus, & jactamus magis, „quam ſerio loquimur„ &c.

(*g*) Ord. Crim. Carol. art. 30. & 32. ibi: Und es wäre eine ſolche Perſon, daß man ſich derſelben That zu ihr verſehen mag ꝛc. add. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 27. & in d. Diſp. de Confeſſione, th. 51. Leyſer, d. ſpec. 637. n. 3. & 6.

§. 119.

Rationem, cur confeſſiones extrajudiciales, non præſente & acceptante adverſario factæ, minus roboris habeant, quam illæ, quæ adverſario præſente & acceptante factæ ſunt, in eo poſitam eſſe diximus, quia non tantum præjudicium ex aſſeveratione ſua illi imminet, qui coram tertio, cujus nihil intereſt, aliquid in ſui præjudicium aſſerit, quantum metuendum eſt illi, qui coram

Regula traditur dijudicandi gravitatem confeſſionis extrajudicialis.

persona, cujus proprie interest, tale quid asseverat, adeoque hoc posteriori casu talis confessio animo magis præmeditato & prævia deliberatione majori edita esse censetur (§. 118.). *Quo majus igitur alicui præjudicium ex tali confessione extrajudiciali imminet, & quo magis deliberato facta est, eo major illi accedit gradus probabilitatis.*

§. 120.

Enarrantur requisita confessionis extrajudicialis.

Hinc jam dispiciemus primo de requisitis confessionis extrajudicialis in casu, si plene probat, & deinde videbimus, quonam requisito deficiente, major supersit gradus probabilitatis; id, quod ex regula modo tradita (§. antec. 119.) facile fieri posse arbitror. Supponimus tantisper requisita illa generalia & cuique confessioni essentialia, v. gr. ut sit spontanea, ad minimum non metu injusto extorta, clara, non ambigua &c., quæ quippe in hac extrajudiciali confessione æque necessario requiruntur, ac in judiciali; hinc eatenus remittimus Lectorem ad ea, quæ (§. 115.) dicta sunt. Præsuppositis igitur hisce, requisita confessionis extrajudicialis in specie sunt, I.) ut promanaverit a persona ad confitendum habili (*a*), II.) adversario præsente & acceptante (*b*), III.) ut sit legitime probata (*c*); Hæc tria si concurrant, quin confessio extrajudicialis plene probet, tam de jure civili, quam Würtembergico, nemo est, qui dubitat (§.118.).

(*a*) Ut enim persona confitens confiteri possit, heic æque requiritur, ac in judiciali confessione; quia confessionem prælucente intellectu factam esse oportet. Hinc & heic eadem obtinet regula probabilitatem dijudicandi, quæ supra, cúm enarrarentur requisita confessionis judicialis, tradita est (§. 116.)

(*b*) C. 10. X. de probat. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Confessis, §. 23. & in Disp. de Confessione, th. 45.

(*c*) Hoc est singulare in hac specie confessionis; judicialis enim nulla indiget probatione, quia judicis præsentia omnem supplet probationem. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 14. n. 286. seqq. Magn. Dn. D. Schœpf, Dec. 58. n. 13. add. Dn. D. Lauterbach, Disp. de Confessione, th. 45. Mevius, P. 7. Dec. 154. Magnif. Dn. D. Schœpf, Decis. 33. n. 17.

§. 121.

Determinatur quonam requisito deficiente, plus efficaciæ confessioni detrahatur, adeoque minor vel major probabilitatis gradus evadat?

Ponamus, deficere primum requisitum, scilicet confessionem promanasse a persona ad confitendum inhabili (*a*), facile patet, quo majori persona hujusmodi intellectu prædita fuit, eo majorem esse gradum probabilitatis; hinc & ea, quæ (ad §. 116.) deducta sunt, huc quadrant; Ita tamen, ut semper, deficiente hoc

hoc requiſito, confeſſio minorem gradum probabilitatis efficiat, quam ſi aliquid ex reliquis requiſitis deficiat; Ponamus porro, deficere præſentiam & acceptationem adverſarii, probatio ſaltem erit ſemiplena (*b*); gradus igitur heic jam ex praxi determinatus eſt. Quodſi jam ex aliis indiciis appareat, confeſſionem deliberatam fuiſſe, habebimus probationem ſemiplena majorem, &, quo certius conſtabit de animo deliberato, eo major erit gradus probabilitatis, & tandem coincidet cum probatione plena. Sic, v. gr. ſi facta fuerit in loco publico, non inter privatos parietes, vel coram Notario & teſtibus, vel & confitens verbis animum ſuum ſerio declaraverit, erit ſane probatio ſemiplena major. Imo, ſi juramento firmaverit hanc confeſſionem, vel ex poſt repetierit, coincidet cum probatione plena, nec ulterioribus adminiculis opus habebit; Satis enim hæ circumſtantiæ deliberatum animum indigitant (§. 119.). Hinc pro veritate juridica habenda eſt (*c*); Licet non paratam executionem habeat hæc confeſſio reiterata vel jurata (*d*). Ponamus, deficere tertium requiſitum, ſcilicet non eſſe legitime probatam hancce confeſſionem, itidem non plene probabit, ſed pro modo probationis majorem vel minorem conſequetur gradum probabilitatis, adeoque majorem vel minorem fidem merebitur. Sic, v. gr. ſi confeſſio extrajudicialis probata ſit per unicum teſtem omni exceptione majorem, poſito, reliqua requiſita præſto eſſe, probatio erit ſemiplena, adeoque juramento in ſupplementum roboranda & confirmanda; quodſi teſtis ſit non omni exceptione major, probatio erit ſemiplena minor, adeoque locum habebit juramentum purgatorium (*e*). Aliquando & quædam requiſita ſimul deficere poſſunt, & tum ſemper ad id attendendum eſt, *quantum robur quantumque efficaciam habitura eſſet confeſſio, ſi alterum horum requiſitorum præſto eſſet, & tum tantum fidei decreſcit confeſſioni, quantum roboris haberent hujusmodi requiſita*; Semper enim in caſibus magis compoſitis videndum eſt, annon tantiſper per fictionem ad leviorem & ſimplicem reduci poſſint? v. gr. Ponamus deficere ſecundum requiſitum, ſcilicet confeſſionem factam eſſe abſente adverſario, & deficere aliquid ex tertio requiſito, v. gr. probatam eſſe hancce confeſſionem ſaltem per unicum teſtem, majorem ſane fidem non merebitur hæc confeſſio, quam ut aliquam præſumtionem, ſed probatione ſemiplena minorem, efficiat, adeoque,

uti infra Capite ſequenti pluribus demonſtrabitur, locum faciat juramento purgatorio (*f*). Quodſi enim plene probata eſſet per duos teſtes hæc confeſſio, ſemiplenam demum efficeret probationem; Cum vero jam & ex tertio requiſito aliquid deſit, ſcilicet, ut non legitime probata ſit, minorem meretur fidem, & ſic porro; ſic, ſi v. gr. hic teſtis unicus non eſſet omni exceptione major, iterum minor foret gradus probabilitatis; ſi porro hic teſtis deponeret, talem, cum juſto nimis bibiſſet, aliquid dixiſſe iterum debilior eſſet gradus probabilitatis &c. Sufficiat nobis normam quandam habere, ſecundum quam aliquo modo & comparative liceat dimetiri gradum probabilitatis hujusmodi.

(*a*) Cui ſcil. poteſtas confitendi a LL. ademta eſt.

(*b*) Licet enim multi & huic confeſſioni plenam probationis vim adſcribant, Hahn. Ludwell. &c. magis tamen in foro recepta ſententia eſt, hanc ſpeciem extrajudicialis confeſſionis nonniſi ſemiplenæ probationis vim habere. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Confeſſ. cit. §. 23. & in Diſp. de Confeſſione, th. 45 Ratio patet ex (§. 118.).

(*c*) Carpzov, in Jurisprud. For. P. 1. conſt. 16. def. 21. Lauterbach, d. Diſp. de confeſſione, th. 45. B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. 96. n. 25. ſeqq. Idem, in Conſ. nov. 51. n. 117. Magn. Dn. D. Schœpf, Dec. 26. n. 2.

(*d*) Receſſ. Deput. de anno 1600. §. wann in einer Verſchreibung ꝛc. & §. Ebener maſſen ſollen die Confeſſiones &c.

(*e*) Carpzov, in d. Jurisprud. For. P. 1. conſt. 23. def. 4. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Probat. §. 8.

(*f*) Magn. Dn. D. Schœpf, Dec. 33. n. 24. junct. Dec. 238. n. 5.



CAPVT III.

CAPUT III.

PARS II.

SECTIO II.

DE PROBATIONE PER TESTES.

§. 122.

Sufficiant hæc de Confeſſione; Prudens in Caſibus obvenientibus facile, &, uti ſperamus, non ſine omni fructu, applicare poterit Regulas hucusque traditas. Accedimus jam ad ſecundum probandi modum, per teſtes ſcilicet, (§. 108.) & heic, quantum fieri poterit, gradum quendam probabilitatis aſſignaturi. Teſtis eſt perſona, quæ, ad fidem de re dubia faciendam judici, ab eodem evocatur & examinatur legitime (*a*). Qui de gradu probabilitatis rite judicare vult, ex depoſitionibus teſtium oriundo, ante omnia noſſe debet requiſita, quæ ad efficiendam probationem plenam per teſtes neceſſaria ſunt, ut deinde judicare poſſit, quantus ſit gradus probabilitatis, uno vel altero requiſito deficiente. Requiſita hæc vel concernunt ipſas teſtium perſonas, eorumque dicta, vel formalia, quæ circa teſtium examen obſervanda ſunt (*b*). Hæc igitur requiſita primo colligenda ſunt brevibus, ut in conſpectu habeamus veritatem juridicam, quæ ex teſtimoniis teſtium oritur, quo facilius deinde de probabilitate ejusque gradibus judicare poſſimus (§. 14.). Tranſitus ad ſecundum probandi modum per teſtes.

(*a*) L. 17. C. de Teſtibus. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Teſtibus, §. 1.

(*b*) Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 50.

§. 123.

Formalia, quæ circa inſtituendum teſtium examen, ſive conficiendum Rotulum, obſervanda ſunt, ſequentibus abſolvuntur maxime requiſitis: primo, ut teſtium examen inſtituatur a judice competente (*a*); ſecundo, ut probatio ſive examen teſtium fiat juſto tempore, & quidem poſt - non ante litis conteſtationem, alias probatio nulla eſt (*b*); nec non articuli probatoriales una cum denominatione teſtium & directorio, intra terminum a judice ad probandum præfixum, porrigantur (*c*); ſufficit enim, modo nulla imputari poſſit culpa partibus (*d*). Tertio, ut articuli Recenſentur requiſita, ad formam examinis teſtium ſive Rotuli pertinentia.

 pro-

probatoriales adverſario ad formanda, ſi velit, interrogatoria, communicentur (*e*). Quarto, ut partes citentur ad audiendum & videndum jurare teſtes (*f*). Quinto, ut teſtes juramento adſtringantur (*g*), & ſexto, ut Rotulus ſecundum modum in Receſſu Imperii noviſſimo (*h*) præſcriptum, vel alias prout moris eſt in hac vel illa regione, conſcribatur (*i*).

(*a*) Nov. 60. cap. 2. Gail, lib. 1. obſ. 102. n. 4. B. D. Harpprecht, Reſp. 71. n. 70. ſeqq. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 224. n. 17. & Dec. 321 n. 19. & 24.

(*b*) Ante litis conteſtationem enim inſtituta probatio adeo nullum reddit examen teſtium, ut nequidem ullam præſumtionem operetur. Lauterbach, in Conſ. Tub. Vol. 1. Conſ. 23 n. 26. B. D. Harpprecht, Reſp. 95. n 101. niſi neceſſitas aliud exigat, vel cauſa ſit ſummaria. Lauterbach, Coll. tit. de teſtib. §. 47. Add. Clement. Sæpe, de verb. ſignif.

(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 39. B. D. Harpprecht, Reſp. 95. n. 118. Magnif. Dn. D. Schœpf, Proc. Dicaſt. Würt. vet. Edit. c. 13. §. 5.

(*d*) L. 24. ff. de his, quæ in fraud. credd.

(*e*) Cap. 2. de Teſtib. in 6to. Jus Prov. Württ. P. 1. tit. 39. §. So fern nun ꝛc. pag. 141. B. D. Harpprecht, Reſp. 95. n. 100. & Conſ. nov. 67. n. 19. ſeqq.

(*f*) Avth. Sed & ſi quis. C. de teſtib. cap. 2. X. de teſtib. Concept. Cammer-Gerichts-Ordn. P. 3. tit. 18. §. ult. Hochfürſtl. Würtemb. Hofgerichts-Ordn. P. 3. tit. 14 §. 2. J. P. Wurt. P. 1. tit. 37. §. Es ſollen auch ꝛc. pag. 136. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Probat. §. 35. & Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Württ. d. cap. 13. §. 10.

(*g*) L. 9. C. de teſtib. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Teſtib. §. 42. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 11. n. 104. & Reſp. 95. n. 104. Magn. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Wurt. d. cap. 13. §. 11. Idem, Dec. 111. n. 5. Dec. 321. n. 24. Dec. 349. n. 8. & 9. & paſſim alii.

(*h*) Receſſ. Imper. noviſſ. de anno 1654. §. 46. Im übrigen verbleibt ꝛc. & §. 52. B. D. Lauterbach, Coll. tit. de teſtib. §. 48. Magn. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſter. c. 13. §. 12.

(*i*) Sic Jure Wurt. in Reſcr. Duc. dd. 1. Nov. 1699. Receſſui huic aliquid ſuperadditum eſt.

§. 124.

Omnia hæc requiſita ad amuſſim obſervanda ſunt.

Omnia hæc requiſita Rotuli (§. anteced. 123.) recenſita probe obſervanda eſſe in conficiendo Rotulo Examinis Teſtium, & quidem ita obſervanda eſſe, ut, vel unica ſolennitate omiſſa, totus vitietur Rotulus, vel ex eo intelligitur, quia hæc requiſita pro forma præſcripta ſunt, qua neglecta omnia nulla redduntur, quæcunque acta ſunt (*a*), adeoque, quin talis Rotulus, licet omnia in illo conſpirent teſtimonia, nullius ſit efficaciæ, per ſe patet, in caſu ſcilicet, ubi veritas major haberi, & defectus adhuc

huc ſuppleri poteſt; hinc hoc caſu ſæpe fieri ſolet, ut idem Rotulus nullus declaretur, & noviter ſecundum modum in LL. præſcriptum confici jubeatur (*b*).

(*a*) Conf. B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 67. n. 23. & in Reſp. 87. n. 85. ſeqq.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 65. n. 12. Idem, in Conſ. nov. 70. n. 303. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Teſtib. §. 48. in fin. Magn. Dn. D. Schœpf, Dec. 154. n. 7 - 10.

§. 125.

Quin igitur, ſi examen teſtium repeti queat, repeti debeat, nec prius quicquam valeat, extra dubium eſt; ſed de hoc quæritur caſu, ſi examen repeti amplius non poſſit, & Rotulus aliquo horum defectuum laboret, an tunc plane rejiciendus ſit, nec omnino ad illum attendi debeat? Id, quod nemo facile affirmaverit. Cum enim finis teſtimoniorum ſit, ut judici fides fiat de facto controverſo, per definitionem teſtis (§. 122.), hic autem finis præcipue obtineatur per habilitatem teſtis & conſenſum ejusdem dictorum (*a*), & ideo ſaltem formalia hæc addita fuerint, ut eo major certitudinis gradus obtineretur; procul dubio, ſi finis nihilominus vel in totum vel in tantum obtentus ſit, licet neglectis, ſed non propria partium culpa (*b*), formalibus, omnino aut plenæ probationis effectus, aut aliqualis ſaltem gradus probabilitatis, præſto erit (*c*).

Si examen repeti nequeat, omnino non plane nullius roboris eſt Rotulus, licet unum vel alterum horum requiſitorum deficiat.

(*a*) Clar. Kahl, in laud. Elem. Log. Probab. ſect. 3. c. 1. §. 212. p. 201.

(*b*) Ubi enim propria concurrit partium culpa, omnino ſibi imputare debent damnum inde emergens; damnum enim, quod quis ſua culpa ſentit, ſentire haud videtur; per L. 203. ff. de R. J. ſic, v. gr. ſi probatio fuerit decreta, & ad finem perducta, & Rotulus ſemel fuerit publicatus, non amplius admittuntur teſtes ſuper iisdem articulis vel contrariis. Brunnemann, in Proc. Civ. cap. 20. n. 80. ſeqq. Lauterbach, Conſ. Tub. Vol. 1. Conſ. 97. n. 2. Ratio hæc eſt, quia ſibi imputare debet pars, quæ ſcivit teſtes, quos potuiſſet nominare, nec illos examinari petiit, hinc hoc caſu, licet ex poſt de facto ulteriores teſtes examinati ſint, horum teſtimonium nullius fore momenti, certum eſt, niſi novi teſtes demum reperiantur, quos antea pars ignoravit; hoc enim caſu, æque ac in caſu, ſi reperta ſint inſtrumenta nova, reſtitutionem in integrum locum habere conſtat. B. D. Lauterb. in Coll. Theor. Pract. tit. de re judicat. §. 26. B. D. Harpprecht, Conſ. 7. n. 380. 381. ſq. modo concurrant requiſita reſtitutionis in integrum, recenſita a Lauterbachio, cit. loc. Porro non audiendam eſſe partem poſt lapſum termini probatorii teſtes producere volentem, vel ex eo patet, quia omnis terminus probatorius eſt peremtorius, adeoque hoc effluxo partis culpa, alteri parti jamjam eſt jus quæſitum, quod ipſi invito nec a judice auferri poteſt, niſi adſint juſtæ cauſæ reſtitutionis in integrum. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Wurt.

vet.

vet. Edit. c. 13. §. 4. vel probatio a Judice Superiori in ſecunda vel ulteriori inſtantia decernatur; B. D. Harpprecht, Conſ. nov. 57. n. 100. Mevius, P. 2. Dec. 235. Magnif. Dn. D. Schœpf., in d. Proc. Dicaſt. Wurt. c. 13. §. 5. quia ſcilicet per interpoſitam appellationem cauſa redigitur in ſtatum, in quo fuit tempore litis conteſtationis. arg. L. 13. C. de Procur. Lauterbach, in Coll. tit. Nihil innovari appellat. interpoſ. §. 6.

(c) Non enim plane infirmari hisce in caſibus teſtimonia, licet unum vel alterum requiſitorum ſupra recenſitorum deficiat, omnes fere DDres unanimi conſenſu affirmant. Sic, quod *v.* gr. omiſſa citatio ad audiendum & videndum teſtes jurare, omnino non prorſus infirmet examen teſtium, affirmant Maſcardus, de probat. vol. 2. concl. *683.* n. 8. & 22. & B. Dn. D. Graſs, in Conſſ. Tub. vol. 5. Conſ. *65.* n. *66.* Porro, quod & teſtes injurati adhuc indicium quoddam faciant, Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 210. n. 8. & 9. imo quandoque unicus injuratus teſtis, ſi nimirum de proprio facto teſtimonium perhibeat, & inſimul honeſtæ & probatæ vitæ ac mortuus ſit, plene probet, docet B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 11. n. 124. ſeqq. præſertim & injuratos admitti teſtes in caſu, ſi juramentum exigi facile non potuerit, propugnat Idem B. Dn. D. Harpprecht, in Conſ. nov. 27. n. 109.

§. 126.

Deficiente igitur uno vel altero requiſito, remanet Rotulo gradus quidam probabilitatis.

Ubi igitur præſto ſunt dicta requiſita, poſitis terminis habilibus, quod ſcilicet materialia probationis, habilitas quippe teſtium, eorumque dicta inſimul recte ſeſe habeant, adeſt certitudo vel veritas juridica, adeoque ex Rotulo probatur plene id, quod probandum erat (§. 123. junct. §. 116.). Ubi autem deficit unum vel alterum requiſitorum formalium, deficit etiam aliquod requiſitum ad veritatem, adeoque præſto eſt probabilitas juridica (§. 27.), & hujusmodi defectus, modo ſcilicet, per modo dicta, materialia recte ſeſe habeant, omnino non omnem probandi vim Rotulo adimit, ſed remanet certus gradus probabilitatis, qui in judicando aliquem adhuc effectum producit (§. 125. & ib. not. *c.*). De hoc jam gradu nobis erit diſpiciendum, & hinc paucis ob oculos nobis ponemus hæc requiſita, iisdemque cum fine probationis collatis, diſpiciemus, quonam deficiente major adhuc relinquatur gradus probabilitatis, quam deficiente altero.

§. 127.

Regula pro dijudicanda gravitate Rotuli, uno vel altero requiſito deficiente.

Finis omnino omnis probationis eſt, ut veritas eruatur (*a*), hinc & ſine dubio probationis per teſtes; id, quod vel ex ſola teſtis definitione apparet (§. 122.), unde ſtatim prono alveo fluit regula: *Quo magis fini probationis, ſcilicet inveſtigationi veritatis, inſervit tale requiſitum, eo minor eſt gradus probabilitatis, ſi illud deficiat.*

deficiat. Hinc jam cum hac regula ſingula conferemus requiſita, ſupra (§. 123.) tradita.

(*d*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Probat. §. 30. junct. L. 12. in fin. ff. de Probat.

§. 128.

Quid, ſi Rotulus non a Judice competente confectus ſit?

Primum requiſitum, quod ſupra (§. 123.) exhibuimus, fuit, ut Examen a Judice competente decerneretur & perficeretur; hinc quæritur: Quemnam effectum producat Rotulus non a Judice competente confectus? Heic duo conſiderandi ſunt caſus, noſtro judicio: *Aut enim Rotulus ab alio Judice fuit confectus*, *qui tamen non fuit competens*, *aut a privato quodam*, *poſito tamen*, *reliqua requiſita in conficiendo Rotulo obſervata fuiſſe.* *Primo caſu* gradum probabilitatis ex hoc Rotulo oriundum omnino *proxime accedere putem ad certitudinem plenam* (*a*), adeoque talem Rotulum a Judice, licet non competente confectum, nihil fere differre a plena probatione, quæ ex Rotulo a Judice competente confecto oritur (*b*). Ratio hæc eſt: Requiritur ideo, ut examen teſtium a Judice competente ſuſcipiatur, ne locus ſit fraudibus circa conſcribenda dicta teſtium eorumque teſtimonia; hinc contra Rotulum a privato conſcriptum militat præſumtio non minima, in illo non accurate & adhibita omni fide & diligentia notata eſſe teſtium dicta. Cum vero hæc præſumtio maximam partem excludatur per præſentiam Judicis, licet non competentis, quia ſcil. hic eſt perſona publica, juramento adſtricta; omnino cadit & ratio principalis, cur tali Rotulo fides non haberi debeat (*c*)? Secus res ſeſe habet in caſu, *ſi privatus quidam teſtes examinaverit.* Cum enim hoc caſu omnis fides Rotuli nitatur proprie unico teſtimonio illius privati, quod ſcilicet teſtes hoc vel illo modo teſtimonium perbihuerint; *omnino talis Rotulus non majorem fidem habere poterit*, *quam teſtimonium ſcriptum*, *injuratum*, *unius teſtis*, *adeoque nonniſi leviſſimam efficiet præſumtionem* (*d*). Sed quæritur jam, quid dicendum ſit de caſu, ſi teſtes a Notatio publico fuerint examinati? Et heic iterum diverſos caſus diſtinguendos eſſe exiſtimo; Aut enim Notarius *ſolus*, *non adhibitis teſtibus conſuetis*, examinavit teſtes, & *omnino non multum tribui poterit examini.* Licet enim Notarius quoque ſit publica perſona, juramento adſtricta; non tamen ejusdem authoritatis eſt cum judice, nec ad hujusmodi negotia judicialia conſtitutus eſt, adeoque, licet paulo majorem fortaſſe fidem mereatur hujusmodi examen, quam

a perſona plane privata ſuſceptum (e), *non tamen plus, quam levem quandam præſumtionem efficiet.* Ratio eſt in promtu; Notario enim, niſi adhibuerit teſtes conſuetos, proprie non plene creditur, &, quod Notarius facit ſine teſtibus, non multo majorem fidem habet, quam negotium a privato geſtum (f). Aut *adhibuit teſtes, & prope accedet gradus probabilitatis ex tali Rotulo oriundus ad gradum illum, quem producit Rotulus a Judice incompetente confectus.*

(a) Hinc præſertim in caſu, ſi ob periculum in mora, vel alium caſum, Judex competens examinare teſtes nequeat, examen hoc & a Judice incompetente & loci, ubicunque deprehenduntur teſtes, fieri poteſt, ne ſcilicet probationes pereant. Farinacius, Tract. de Teſt. quæſt. 76. B. D. Lauterbach, in Conſ. Tub. vol. 1. Conſ. 17. n. 120.

(b) Hinc hoc caſu etiam extra neceſſitatis caſum, concurrentibus præſertim aliis quibusdam adminiculis, plenam fidem hujusmodi Rotulo adſcribere minime dubitarem, hisce autem deficientibus ad ſummum ſuppletorium juramentum decernerem.

(c) Dantur tamen & heic iterum gradus probabilitatis; majorem enim fidem tribuendum eſſe examini a Judice, de cujus competentia forte dubitatur, quam alii, a notorie incompetente, ſuſcepto, nemo ſane dubitabit; imo quandoque, ſi judicis competentia ſit dubia, & partes itidem in perſuaſione fuerint, judicem eſſe competentem, ſine omni adminiculo, poſitis ſcilicet reliquis terminis habilibus, hujusmodi Examini Teſtium plenam fidem tribuere non dubitarem. Ex anal. L. Barbarius Philippus. 3. ff. de Officio Prætoris.

(d) Quæſtio enim, an teſtes ita depoſuerint, nec aliter? nititur unius illius privati injurati, qui teſtimonia conſcripſit, fide, adeoque majorem efficaciam hujusmodi Rotulus habere nequit, quam teſtimonium ſcriptum non juratum, unius teſtis, ſcil. leviſſimæ præſumtionis effectum producit; alias plus eſſet in effectu, quam in cauſa. B. Dn. D. Lauterbach, Diſp. de Epiſtola, th. 29. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 321. n. 24.

(e) Confer. Celeberr. Leyſer, Med. ad ff. ſpec. 283. n. 36.

(f) Conſtit. Imper. de anno 1512. von Notarien, §. fürter, ſo befehlen wir ꝛc. verb: Es müſſen die Zeugen darzu genommen, und derer aller Nahmen und Zunamen klärlich beſchrieben werden. Hinc illis vulgo objicitur, quod ſine teſtibus nullam habeant fidem. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fide Inſtrum. §. 40.

§. 129.

Quid, ſi non juſto tempore confectus ſit Rotulus?

Progredimur ad ſecundum Requiſitum Rotuli, tempus ſcilicet, intra quod Rotulus conficiendus eſt, indagaturi, an vel qualis gradus probabilitatis remaneat, tempore non obſervato? Tempus hoc aut conſideratur tanquam terminus *a quo*, aut tanquam terminus *ad quem*; terminus *a quo* eſt a tempore Litis Conteſtatio-

teſtationis; hinc ante Litis Conteſtationem Rotulus confici nequit, alias Rotulus adeo nullus eſt, ut ne quidem præſumtionem quandam efficiat (*a*). Ratio hæc eſt, quia ante Litis Conteſtationem ſciri nequit, an adverſarius aliquid ſit negaturus, aut quid ſit negaturus, quid affirmaturus (*b*)? Quin igitur, ſi examen repeti poſſit, illud repetendum ſit, & examen ante Litis Conteſtationem confectum plane nullius roboris ſit, nullum dubium eſt (§. 125.); ſed alia quæſtio eſt de caſu, ſi examen teſtium reqeti nequeat, & interim facultas probandi plane ademta ſit, an nimirum nec tunc hujusmodi Rotulus quicquam probet, ſed, licet teſtes, ante Litis Conteſtationem examinati, unanimiter pro producente depoſuerint, & reliqua Rotuli Requiſita recte ſeſe habeant, nihilominus contra talem pronunciari debeat ſimpliciter, æque, ac ſi nihil plane probaſſet? id, quod affirmare nollem, & quidem ex hac ratione: quia finis probationis nihilominus obtentus eſt, ſcilicet de veritate facti Judex certior redditus eſt, æque, ac ſi hoc examen poſt Litis Conteſtationem demum ſuſceptum eſſet; nulla etenim ratio apparet, cur teſtes ante Litis Conteſtationem examinati minus veritatem dixerint, quam poſt Litis Conteſtationem examinati? adeoque, cum omnino Judici de facti veritate liqueat, perquam grave eſſet, aliquem ex hac ſola ratione condemnare, quia examen teſtium ante Litis Conteſtationem ſuſceptum fuit, adeoque producens ſaltem nimis aſſiduum in probando ſeſe exhibuit. Hinc omnino *theſin illam, ceteroquin probe cognitam, quod tale examen teſtium nihil probet, ad illum caſum reſtringendum eſſe putem, quando ſcilicet examen teſtium adhuc repeti poteſt*; cum ſemper illa ſententia ſit adoptanda, quæ minimum gravis eſt partibus (*c*). Id, quod vel ex eo patet, quia in caſu neceſſitatis, vel & in cauſis ſummariis, hujusmodi examen adeo validum eſt, ut ne quidem repetitione quadam opus ſit (§. 123. not. *b*.), quod & ex examine teſtium ad perpetuam rei memoriam ſuſcepto, apparet (*d*). Quodſi igitur tali caſu plene probat hujusmodi Rotulus, nimis durum ſane foret, extra hos caſus, ſi examen repeti amplius nequeat, plane nullam eidem vim adſcribere.

(*a*) B. D. Lauterbach, in Conſ. Tub. vol. I. Conſ. 23. n. 26. & B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 95. n. 101. ſeqq.

(*b*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 36.

(*c*) Arg. L. 34. ff. de Reg. Jur.

 (*d*) Carpzov,

(*d*) Carpzov, Jurispr. for. P. 1. Conſt. 16. Def. 35. & 36. Rutg. Rulandus, de Commiſſar. P. 2. L. 1. per tot. Requiritur tamen, ut, ſi actio nondum ſit inſtituta, actor intra annum utilem agat, a tempore confecti Rotuli, alias cadit probationibus ſuis, & contra ſe habet præſumtionem juris & de jure, contra quam nulla amplius admittitur probatio. Gail, lib. 1. obſ. 92. n. 3. & 4. Alciatus, de præſumt. in princip. p. 2. n. 15.

§. 130.

Quid, ſi ante Litis Conteſtationem, extra neceſſitatis caſum, Rotulus confectus ſit?

Cum igitur non omnino omni deſtituatur vi hujusmodi Rotulus Examinis Teſtium, quæritur jam, quanta ipſi, in caſu modo recenſito, vis adſcribenda ſit, ſi ſcil. ante Litis Conteſtationem confectus ſit, & adhuc intra annum actor egerit, vel plane poſt libellum jamjam editum Examen Teſtium ſuſceptum ſit? In decidenda hacce quæſtione reſpiciendum eſt ad finem probationis, adtendendo ſcilicet ad id, in quantum adhuc obtineri poſſit idem finis, licet Rotulus ante Litis Conteſtationem confectus ſit? Finis eſt, ut Judex de veritate facti certior reddatur (§. 127.). Atqui vero nulla eſt ratio, cur teſtes poſt Litis Conteſtationem potius veritatem dicant, quam ante illam (§. 129.), ſed ratio, cur regulariter teſtes poſt Litis Conteſtationem examinari debeant, hæc eſt, ut ſciatur, quid adverſarius affirmaturus ſit, vel negaturus (§. 129. not. *b.*), quæ ratio in ipſam teſtimoniorum veritatem vel falſitatem plane nullum habet influxum, licet enim hoc caſu aliquando fieri poſſit, ut ſuperflua probentur, ſuperflua tamen non nocent veritati, verum illam potius magis confirmant atque corroborant; Ergo *omnino itidem proxime accedit ad ipſam veritatem gradus probabilitatis ex tali Rotulo oriundus, & major adhuc, meo judicio, erit, quam ille, qui ex Rotulo, a judice incompetente confecto, ſuboritur;* Ratio hæc eſt: quia judicis competentia cum fine probationis majorem habet connexionem, quam tempus hoc, num ante vel poſt Litis Conteſtationem Rotulus confectus ſit; judici enim competenti fit probatio, adeoque ejus eſt ponderare, quid probatum ſit, nec ne (*a*)? ac judicis competentia omnem fraudis ſuſpicionem excludit (§. 128.).

(*a*) L. 3. §. 2 ff. de teſtibus.

§. 131.

Quid, ſi poſt terminum probatorium?

Jam & diſpiciendum eſt de termino probationis ad quem, ſive altero membro requiſiti ſecundi. Hic terminus ad quem nullibi regulariter determinatus eſt, ſed dependet ab arbitrio judicis (*a*); utplurimum autem eſt 4. vel 6. ſeptimanarum (*b*) pro

pro gravitate cauſarum, atque adeo præcluſivus & peremtorius eſt, ut illo præterlapſo etiam jus probandi ipſo jure cadat (c), adeoque probatio poſt terminum probatorium ſuſcepta, ſit ipſo jure nulla, nec propter renunciationem probationis tacitam aliquid operetur, niſi adſint juſtæ cauſæ ad reſtitutionem in integrum decernendam (d). Cum igitur, præterlapſo, culpa partis, termino probatorio, illa ipſo jure beneficio probandi cadat, quin *talis Rotulus*, *propter jus*, *adverſario ex tacita hac renunciatione jamjam quæſitum*, *plane nullum amplius robur habeat*, *extra dubium eſt*, adeoque *nullum plane effectum producit*, nec minimam gignit præſumtionem, ob militantem in contrarium præſumtionem juris & de jure; hinc & hoc caſu de determinando aliquo gradu probabilitatis ſermo eſſe nequit (e).

(a). L. 1. L. 7. C. de dilat. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 40.

(b) B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. & Magnif. Dn. D. Schœpf, Proc. Dicaſt. Würt. vet. Edit. c. 13. §. 4. add. Jus Prov. Württ. P. 1. tit. 32. §. Und wann ꝛc. p. 127. & P. 1. tit. 42. §. Wann nach ꝛc. p. 145. & §. Und wann ꝛc. p. 146. Ord. Dicaſt. Wurt. P. 3. tit. 11. §. 4.

(c) L. 1. C. de dilat. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de probat. §. 39. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Württ. d. l. Gail, lib. 1. obſ. 91. Stryk, Uſ. mod. tit. de fer. & dilat. §. 19. add. Jus Prov. Württ. P. 1, tit. 21. §. Welcher aber ꝛc. p. 106.

(d) B. Dn. D. Lauterb. in Coll. d. l. §. 39. B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. 27. n. 207. & Conſ. nov. 69. n. 26. ſqq. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Wurtemb. d. l.

(e) Licet in ſecunda Inſtantia hoc caſu de novo poſſit decerni probatio. (vid. §. 125. not. b.) add. Dn. Stryk, in Diſp. de Reprobat. poſt didicitas Atteſtat. c. 2. §. 13.

§. 132.

Quid, ſi articuli ad interrogandum non ſint communicati?

Tertium Rotuli rite confecti vel conficiendi requiſitum eſt, ut articuli probatoriales adverſario ad interrogandum, ſi velit, ſint communicati. Articuli probatoriales ideo adverſario, ad formandum, ſi velit, interrogatoria, communicandi ſunt, ut ipſi occaſio præbeatur, ea, quæ defenſioni inſerviunt inſerendi, &, quæ forte in articulis nimis generaliter poſita ſunt, ſpecialius determinandi, ut inde veritas magis eruatur (a). Cum igitur multum ad veritatem eruendam, tanquam finem omnis probationis (§. 127.), conferant interrogatoria ſpecialia, omnino horum interrogatoriorum omiſſio non parum detrahit probabilitati Rotuli (d. §. 127.) Sed quæritur jam, quantus ſit hujus

probabilitatis gradus, intuitu requisitorum hactenus enumeratorum? & Resp. *omnino omissio horum interrogatoriorum specialium plus detrahit valori Rotuli, quam omissio duorum priorum requisitorum, scil. si examen testium vel ante Litis Contestationem, vel a judice non competente susceptum sit, & sequentis Requisiti quarti, ubi Rotulus Examinis Testium non citata parte adversa confectus esse supponitur;* ratio est in promtu, quia, per demonstrata, & in §. sq. 133. ulterius demonstranda, exhibitio interrogatoriorum plus inservit fini probationis, quam requisita modo recensita. Quia tamen nihilominus, si articuli per se sint clari, ipsi veritati depositionum non adeo multum probabilitatis detrahitur, & veritas quandoque erui potest, licet interrogatoria plane omissa sint, (*b*) imo Commissarius, si testes obscure vel nimis generaliter deponant, ex officio interrogatoria supplere potest, (*c*) *nihilominus adhuc hanc probabilitatem superare arbitramur probationem semiplenam; adeoque semiplena majorem nihilominus præsto esse probationem existimamus.* (*d*)

(*a*) Gail, lib. 1. obs. 95. Plebst. ad Jus Prov. Württ. P. 1. th. 106. I. P. W. P. 1. tit. 39. §. Es sollen auch. p. 141. verb. sondern allein dasjenige, so zum Handel dienlich, darein zu bringen.

(*b*) Quin enim si pars noluerit formare interrogatoria, Rotulus nihilominus plene probet, extra dubium est, Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicast. Württemb. c. 13. §. 8. I. P. W. P. 1. tit. 39. §. und obgleich ꝛc. p. 141. Ord. Dic. Württ. P. 3. tit. 14. §. 4. B. Dn. D. Harpprecht, Conf. nov. 67. n. 21. sqq.

(*c*) C. 37. X. de test. I. P. W. P. 1. tit. 39. §. Darnach. p. 142. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicast. Württemb. d. l. §. 8.

(*d*) Cum enim, si pars sponte renunciaverit interrogatoriis, plena fides Rotulo tribuatur, (vid. supr. not. b) & quidem ideo, quia ex solis articulis factum clarum reddi potest, nullam video rationem, cur non, omissis interrogatoriis, si veritas facti ex Articulis pateat, ad minimum talis Rotulus plus quam semiplene probet? hoc enim casu cessat finis principalis interrogatoriorum. Quia autem nihilominus de eo non semper certo constat, quid contigisset, si interrogatoria formata essent, quin omissio communicationis articulorum ad interrogandum NB. *in se* plus deroget fini probationis, quam requisita modo recensita, adeoque, quin omissio hujus Requisiti plus detrahat, probabilitati Rotuli, quam omissio illorum, per se patet.

§. 133.

Quid, si partes non sint citatæ ad audiendum & videndum jurare testes?

Sequitur jam quartum Requisitum Rotuli, scilicet, ut partes ad videndum & audiendum jurare testes legitime sint citatæ. Ponamus, hoc deficere requisitum, quinam adhuc superesit gradus

gradus probabilitatis? quod enim non plane nihil probet, passim DD. asseverant. (*a*) Hoc ex collatione requisiti, cum fine probationis, facile erit intellectu. Cum enim hoc requisitum ideo præscriptum sit a LL, ut partes videant, quomodo testes sese gerant, an suspectos sese aliquo modo reddant, nec ne? facile patet, omnino nonnihil facere hoc requisitum ad finem probationis, veritatem scilicet eruendam. Cum tamen nihilominus hoc officium etiam partibus absentibus Commissario incumbat, (*b*) adeoque parum mali partibus inde metuendum sit, nec non partibus licet non comparentibus judex vel Commissarius nihilominus in causa progredi possit (*c*); facile patet, *non multum derogari veritati ex Rotulo oriundæ, per defectum hujus Requisiti, adeoque remanere magnum gradum probabilitatis, & majorem esse gradum probabilitatis hoc casu, quam priori illo, quo Rotulus a judice incompetente confectus supponebatur, at minorem, quam casu illo, ubi ante Litis contestationem saltim confectus supponebatur Rotulus.* Ratio est in promtu; plus enim facit ad eruendam veritatem & fidem Rotulo habendam præsentia Judicis competentis, quæ quippe omnem excludit fraudis suspicionem, quam citatio partium, quæ quippe in se parum fidei Rotuli addit, cum Judici vel Commissario incumbat & adtendere ad id, an testes suspectos sese reddiderint, nec ne? (*d*) cum vero citatio partium nihilominus aliquando aliquali sese utilitate commendare possit, e contrario autem, si testes ante Litis contestationem examinati sint, plane intuitu veritatis eruendæ nihil intersit, quia, per supra demonstrata, nulla plane subest ratio, cur testes ante Litis-contestationem, veritatem minus dicant, quam post illam, adeoque ex omisso hoc requisito fidei Rotuli plane nihil detrahatur; omnino, in casu omissæ citationis hujus, minor præsto erit gradus probabilitatis, quam in casu, ubi Examen testium ante Litis Contestationem confectum erat. (§. 127.)

(*a*) Mascardus, de probat. vol. 2. Concl. 683. n. 8. & 22. B. Dn. D. Grass, in Consil. Tubing. vol. V. Cons. 65. n. 66.

(*b*) Ord. Crim. Carol. V. art. 71. verb. Ob der Zeug wanckelmüthig oder unbeständig erfunden, wie er den Zeugen in äusserlichen Gebärden vermerckt 2c. I. P. W. P. I. tit. 37. §. Sodann 2c. p. 138. verb. Folgends solche Aussag, auch wie sie beschehen, (mit Anzeig der Gebärden, so sich ein Zeug argwöhnisch verhalten) umständlich durch den Commissarium dem Rotul gebührlich inserirt 2c. Struv. Exerc. 28. th. 45. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de test. §. 48.

(*c*) Ci-

(c) Citatio enim hæc eſt peremtoria & præcluſiva, Avth. ſed & ſi quis. C. de teſt. verb. „ Quodſi venire noluerit, etiam eo abſente, atteſtationes reci- „ piat, & perinde valebunt, ac ſi eo præſente receptæ fuiſſent, nec oppo- „ nere poterit: quod ex una parte datæ ſunt. „ C. 2. X. de teſt. & atte- ſtation. J. P. W. P. 1. tit 38. §. Es ſollen auch ꝛc. p. 136. & Ord. Dicaſt. Wurt. P. 3. tit. 14. §. 2.

(d) At, inquis, ex omiſſa citatione oritur præſumtio m. f. contra Judicem vel Commiſſarium, adeoque idem eſt, ac ſi a Judice ſuſpecto examen ſuſceptum eſſet, cur igitur plus roboris habeat Rotulus a Judice non competente, ſed nullatenus ſuſpecto, confectus? ſed Reſp. ſuſpicio hæc eſt leviſſima & generaliſſima, adeoque ex hac ſola omiſſione Judex nondum pro ſuſpecto haberi poteſt; eliditur enim hæc ſuſpicio per contrariam juris præſumtionem, quod quilibet (multo magis igitur Judex, vel ab illo conſtitutus Commisſarius) tamdiu pro bono habendus ſit, donec probetur contrarium, & quidem hoc caſu evidentiſſime. Ill. Thomaſius, Diſp. de præſumt. bonit.

§. 134.

Licet deficiant requiſita 4. hucusque recenſita, Rotulus nihilominus adhuc ſemiplene probat.

Semiplena probatio præſto eſſe dicitur, quando dimidia pars eorum, quæ ad plenam veritatem juridicam conſtituendam requiruntur, præſto eſt, altera vero dimidia pars requiſitorum deficit; id, quod vel ex ipſo vocabulo ſemiplenæ probationis intelligitur. Sic v. gr. ſemiplene probaſſe dicitur ille, qui aſſertum ſuum per teſtem unicum, omni tamen exceptione majorem, probavit (a). Cur? quia duo teſtes omni exceptione majores conſtituunt veritatem juridicam plenam, adeoque hoc caſu dimidia pars requiſitorum ad veritatem plenam præſto eſt, altera autem pars deficit. Quod, cum ita ſeſe habeat, intelligitur, *non obſtante defectu quatuor requiſitorum hactenus recenſitorum*, *Rotulum nihilominus ſemper plus*, *quam ſemiplene*, *probare*; Ratio eſt in promtu; nullum enim requiſitorum hactenus recenſitorum influit per ſe in ipſa requiſita veritatis teſtimoniorum, & materialia probationis, quippe quæ, licet omiſſis ſingulis hisce requiſitis, nihilominus recte ſeſe habere poſſunt; formalia enim ſaltem ad adjuvanda materialia inventa ſunt, adeoque nec eorum defectus tantum operari poteſt, ut dimidium fidei detrahatur hujusmodi Rotulo. Secus res ſeſe habet, deficiente Requiſito quinto, mox explicando.

(a) Carpzov, in Jurisprud. for. P. 1. Conſt. 23. Def. 4. Mevius, P. VII. Dec. 41. n. 2. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 8.

§. 135.

Quintum Rotuli bene conſtituti requiſitum, ſupra (§. 123.) recenſitum eſt, ut teſtes ſint juramento de dicenda veritate adſtricti. Quæritur igitur, quanta Rotulo, omiſſo hoc requiſito, relinquatur probabilitas? Juramentum teſtes ideo præſtant, ut plus ponderis teſtimonia illorum accipiant (*a*); facit igitur juramentum teſtium quam maxime ad finem probationis, ut nimirum veritas facti eruatur (§. 127.); quin igitur, hoc Requiſito omiſſo, omnino probabilitas Rotuli admodum exigua ſit, per ſe patet (§. 127.). Cum igitur aliquo modo gradus hujus probabilitatis ad minimum comparative nobis adſignandus ſit, determinandum nobis erit aliquatenus, quantum fidei, omiſſo hoc juramento, detrahatur Rotulo? Inter 100. teſtes vix unus alterve perfidus erit, teſte experientia; ſumma enim hæc eſt turpitudo, quæ ſine ſumma ratione a nemine eſt præſumenda (§. 67.), adeoque juratum teſtimonium ad injuratum, valore externo & juridico, ad minimum ſeſe habet ut 100. ad 1. (*b*). Jam vero unius teſtis, licet jurati, teſtimonium ſaltem efficit probationem ſemiplenam (§. 134. not. *a.*), adeoque ad conſtituendam ſemiplenam probationem ad minimum requirerentur 100. teſtes injurati; cum vero vix ac ne vix quidem in caſibus obvenientibus tantus numerus, & ne quidem dimidia illorum pars, haberi poſſit, facile patet, *hujusmodi teſtimonia injurata*, licet plura, vix *minimam efficere præſumtiunculam* (*c*), quæ tamen iterum, pro gravitate & probitate teſtium eorumque conſenſu, modo augetur, modo diminuitur, pro ratione ſcil. circumſtantiarum individualium in caſibus propoſitis obviarum (*d*).

Quantus gradus probabilitatis Rotulo relinquatur, ſi teſtes non ſint juramento adſtricti?

(*a*) L. 9. C. de teſtib. ad hanc Gothofredus, in notis, n. 16. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de teſt. §. 48. quo & facit formula juramenti Concept. Cammer-Gerichts-Ordn. P. 1. tit. 95. & Hochfürſtl. Würtemb. Bau-Ordn. p. 17.

(*b*) Conf. Clariſs. Kahl, in laud. Elem. Log. Probab. ſect. 3. c. 1. §. 223. p. m. 206.

(*c*) Lauterbach, in Conſil. Tubingenſ. Vol. 1. Conſ. 132. n. 50. Farinacius, Tract. de Teſt. quæſt. 74. Magnif. Dn. D. Schœpf, Deciſ. 224. n. 16. ſeqq. juncto inprimis n. 26. B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. nov. 27. n. 111.

(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 11. n. 124. imo, ſi hanc ſuam depoſitionem teſtis moribundus morte confirmaverit, perinde quandoque habetur, ac ſi actu juraſſet; add. Dn. Stryk, in Diſſ. de morte loco jurisjur. per tot. præſertim & c. 1. §. 5. Inter centenos enim nemo, qui morti proximus eſt, adeo immemor æternæ ſalutis cenſetur, ut adhuc in extremo vitæ articulo

judici mentiri velit; Dantur etiam gradus probabilitatis, ut aliquando depositiones testium injuratorum proxime accedant ad probationem, sive plenam, sive semiplenam. Sic, v. gr. licet juramentum testis debeat esse corporale & solenne; quid sit corporale & solenne, vid. Excell. Dn. D. Christoph. Frid. Harpprechti, affinis nostri atque Præceptoris, æternum pie colendi, Diss. de jurejur. in script. præstito, quam Dissertationem nobis sub Præsidio Viri Excellent. defendere licuit, §. 10. Nihilominus, si v. gr. juramentum fuerit verum, licet non corporale & solenne, magnum gradum probabilitatis Rotulus accipiet, & proximæ hujusmodi depositiones erunt veritati juridicæ; ponamus vero saltem, testimonia mediante tactu baculi judicialis esse corrobata, minor erit gradus probabilitatis, in se tamen parum aberit a priori casu, cum omnino tactus baculi judicialis fiat loco juramenti, atque essentia juramenti illi competat; Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de jurejur. §. 16. B. Dn. D. Harpprecht, in Diss. de Transact. jurata, §. 8. n. 19. Ponamus, sub aliis execrationibus fieri depositiones testium, minor erit gradus, quam prior, & ne ad semiplenam quidem accedet probationem, quia essentia juramenti deficit, sed major tamen erit, quam si simplex plane fuerit depositio; & sic porro.

§. 136.

Quid, si Rotulus non secundum formam in Recessu Imp. nov. præscriptam conditus sit?

Sextum denique Requisitum, ad quod in Rotulo rite formando adtendendum est, consistit in eo; ut Rorulus secundum Recessum Imperii novissimum, vel & secundum statuta locorum particularia, conditus sit (§. 123.); Cum vero partim forma Rotuli externa saltem ideo præscripta sit, ut Judex vel Referens melius in conspectu habeat totam materiam probandam *(a)*, adeoque illa omissa ne tantillum quidem veritati facti derogetur, partim vero hoc requisitum semper, sive a priori, sive ab alio Commissario, manentibus testimoniis, repeti possit & debeat *(b)*; heic plane non de determinando aliquo gradu probabilitatis sermo est.

(a) Magnif. Dn. D. Schœpf, in Process. Dicaster. Wurt. vet. edit. c. 13. §. 12. p. m. 122. seq.

(b) Gail, lib. 1. obs. 134. n. 14 seq. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de test. §. 48.

§. 137.

Recensentur gradus probabilitatis, ordine, quo sese invicem excipiunt.

Quodsi itaque gradus probabilitatis, Rotulo remanentes, deficiente uno vel altero Requisito, ordine quodam locandi essent, ordo foret sequens: 1.) maxima sese probabilitate commendat *Rotulus, qui ante Litis Contestationem confectus est* (§. 130.), hunc sequitur 2.) *ille, in quo citatio partium ad audiendum & videndum jurare testes omissa est* (§. 133.); quem excipit 3.) ille, *qui a judice non competente*, (sed NB. non a privato quodam, vel & Notario) *conditus*

conditus est (§. 128.); & 4.) denique ſequitur ille, *in quo articuli parti adverſæ, ad dandum interrogatoria, non fuerunt communicati*; (§. 132.) & in *hisce quatuor* caſibus, modo recenſitis, *probabilitas ſemper major eſt ſemiplena probatione* (§. 134.); *Quintum* requiſitum ſi deficiat, *Rotulus leviſſimam ſaltem operatur præſumtiunculam* (§. 135.), quæ vix adtendi meretur, & ultimum Requiſitum heic plane non venit in computum (§. 136.).

§. 138.

Fit tranſitus a Rotuli forma ad ejus materiam.

Tantum de Forma Rotuli, accedimus jam etiam ad ejusdem materiam, quæ in eo conſiſtit, ut Rotuli contenta facto reſpondeant ejusque veritati. Ut de veritate facti rite conſtet, requiritur, *ut teſtes non ſolum veritatem dicere potuerint*, *ſed etiam voluerint*; hæc duo, ſi præſto ſint, etiam materialia Rotuli recte ſeſe habent (*a*); veritatem iterum teſtes dicere non potuerunt, α) vel *propter qualitatem perſonarum*, quia ſcilicet hæc vel illa res plane non in ſenſus teſtium incidere potuit, vel quia, licet ſenſu factum teſtis perceperit, intellectus ipſi ad teſtimonium ferendum deficit, vel β) *propter qualitatem cauſæ ipſius*, quia hæc vel illa perſona facto huic vel illi non interfuit, nec illud ſenſibus ſuis percipere potuit. Secundum requiſitum veritatis, ut ſcil. teſtes veritatem etiam dicere voluerint, iterum *vel colligitur ex circumſtantiis generalibus pluribus factis communibus*, *vel ex circumſtantiis facti ſpecialioribus & individuis*; v. gr. ſi depoſitiones ſint contrariæ, vacillantes &c. & ſub hisce diviſionibus comprehenduntur omnes teſtium defectus & nævi.

(*a*) Clariſſ. Kahlius, in Elem. Log. Prob. ſect. 3. c. 1. §. 216. & 217.

§. 119.

Quid ſit teſtis inhabilis?

Teſtis qui uno vel altero nævo, ex modo recenſitis, laborat, dicitur *inhabilis* (*a*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Teſt. §. 11.

§. 140.

Inhabiles ſunt vel abſolute, vel ſecundum quid, & hi audiunt non o. e. majores.

Inhabiles vel ita abſolute rejiciuntur, ut ne quidem præſumtionem quandam efficiant, vel ita, ut quidem regulariter non idonei ſint, verum tamen aliquam præſumtionem conſtituant; & hi etiam aliquando audiunt *non omni exceptione majores*.

 §. 141.

§. 141.

Quinam sint absolute inhabiles?

Hisce præmissis, progredimur ad ipsa testium requisita; quorum primum in in eo posuimus, ut veritatem dicere potuerint; Testes veritatem dicere non possunt, vel α) quia per se propter qualitatem personæ tale factum in eorum sive intellectum sive sensum non cadit, vel quia β) ex qualitate hujus vel illius facti specialis hoc fieri non potuit (§. 138.); Qui *prorsus nihil de facto sive intelligere, sive sensibus percipere potuerunt, sive mediate, sive immediate, plane sunt inhabiles, nec ullam faciunt præsumtionem*; adeoque hoc casu neque de gradu probabilitatis, sive præsumtionis, quicquam determinari potest. Ratio est in promtu: Finis probationis est, ut veritas facti eruatur (§. 127.); Quicunque testes veritatem dicere omnino nullo modo possunt, illi nec fini probationis, neque in tantum, neque in totum, satisfacere possunt, qui autem fini probationis plane nullo modo satisfacere possunt, neque in tantum, neque in totum, illi nec in tantum, nec in totum, aliquid probare possunt, vel, quod tantundem est, illi neque ullam præsumtionem efficiunt; alias enim plus foret in effectu, quam in causa, quod est absurdum.

§. 142.

Recensentur species absolute inhabilium.

Illi igitur, qui plane veritatem dicere nequeunt, nec adeoque præsumtionem quandam efficere possunt (§. 141.), sunt 1.) *Furiosi & mente capti*, nisi habeant intervalla dilucida (*a*); quo & referuntur summe ebrii, ob paritatem rationis (*b*), 2.) *Surdi & muti, nec non cæci, in causis, quæ in hos sensus incidunt* (*c*), 3.) *Infantes*, qui scilicet nondum annum 7. compleverunt, vel & *infantiæ proximi* (*d*), 4.) huc referuntur, *qui in certis negotiis solennibus, ut testamenti factione, testes esse prohibentur*, v. gr. *fœminæ, prodigi* &c. (*e*), & denique 5.) propter qualitatem hujus vel illius facti in specie, huc referuntur, *qui plane nullam de facto habent notitiam* (*f*). Horum igitur testimonia ita nulla sunt, ut tota probatio vel & totus actus, (si scilicet de actu solenni quodam sermo sit,) nulla vel nullus sit, nec præsumtio minima inde nascatur, adeoque nec horum testimonia alio modo suppleri possunt, quod enim plane non est, illud nec suppleri potest.

(*a*) L. 40. L. 124. §. 1. ff. de R. J. L. 2. §. 3. ff. de Jure Codic. L. 20. §. 4. ff. qui test. fac. poss. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de test. §. 12.

(*b*) Mascar-

(*b*) Mascardus, de Probat. Concl. 580. & B. D. Lauterbach, in Coll. d. l.
(*c*) Quo minus autem tales sensibus suis sunt orbati, & quo magis igitur de facto probando cognitionem habere possunt, eo plus etiam illorum testimonio accedit fidei. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 12. & 17. Uno verbo, quo magis requisita testium in hisce personis concurrunt, & finis probationis obtineri potest, eo probabilius quoque redditur eorum testimonium. Hinc, si non plane privati sint usu hujus vel illius sensus, vel & si in causis in alium sensum integrum & sanum incidentibus aliquid deponant, omnino testium juramento adstringi poterunt, & hoc posteriori casu etiam illorum testimonium plane validum est. vid. laud. Diss. Excellent. Dn. D. Harpprechti, de jurejurando in scriptis præstando, per tot.
(*d*) B. D. Lauterbach, in Consil. Tubing. vol. IV. Cons. 154. n. 25. Idem, in Coll. d. tit. §. 13. Licet vero Infantes & Infantiæ proximi omnino a testimonio dicendo arceantur; aliud tamen dicendum est de pubertati proximis, qui quippe magis jam sciunt, quid agant, adeoque fini probationis magis satisfacere possunt, quam infantes & infantiæ proximi; hinc hi, licet non omni exceptione majores sint, non tamen prorsus a testimonio dicendo repelluntur, sed omnino volentes admittuntur, B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 14. præsertim in causis civilibus; Lauterbach, ibid. §. 13. hinc & hi omnino pœnis subjici possunt. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 29. n. 72. & Criminalistæ passim. Quo majori igitur talis impubes præditus est intellectu, & quo magis præsertim in hujusmodi factis, quale est probandum, versatus est, eo majori omnino ejus depositio sese commendat probabilitate; imo nec infantis testimonium ubique semper rejiciendum esse putem; cum omnino, per supra (§. 116. not. *d*.) deducta, quandoque & infantes veritatem dicere possint. Add. Celeb. Leyser, in medit. ad ff. spec. 283. n. 4.
(*e*) §. 6. Inst. de testam. ord. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 19. & 20. de Jure Wurtemb. fœminæ etiam in criminalibus non sunt omni exceptione majores, sed admittuntur saltem in causis, in quibus veritas aliter haberi nequit. J. P. W. P. 1. tit. 36. §. Item Weibspersonen ꝛc. p. 134. B. D. Lauterbach, in Differ. inter Jus Wurt. & Commun P. 1. th. 59.
(*f*) Quo magis tamen testis in causa informatus est, & quo majorem habet facti quæst. notitiam, eo magis quoque idoneus est. Farinacius, de testib. qu. 65. n. 165. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 88. n. 143.

§. 143.

Quidam porro non quidem in totum impediuntur veritatem dicere, sed tamen in tantum; Huc spectant 1.) illi, qui factum probandum non propriis sensibus perceperunt (*a*), sed illud a tertio audiverunt, *ut testes de auditu:* 2.) *testes de credulitate*, & 3.) *impuberes* (§. 142. not. *d*.). Cum igitur hi veritatem dicere in totum non impediantur, adeoque in tantum ad minimum fini probationis satisfacere possint; *omnino nec prorsus erunt repellendi a testimonio dicendo* (§. 141.), sed tamen non sunt omni exceptione majores (*b*), quia testes proprie pleno intellectu gaudere & factum probandum propriis sensibus percepisse oportet. Quinam ideo, quia veritatem dicere plene non potuerunt, non sint omni exceptione majores?

(*a*) Dico, *propriis ſenſibus perceperunt.* Licet enim proprie teſtes oculati auritis opponantur & his præferantur; clar. Kahl, in laud. Elem. Logic. Probat. ſect. 3. c. 1. §. 233. & 234. diſtinguendum tamen videtur inter facta, quæ proprie auribus, vel alio ſenſu non poſſunt non percipi, & inter illa, in quibus viſus locum habet; priori caſu omnino auriti æquipollent oculatis, v. gr. ſi ſermo ſit, an teſtis Cajum injurias evomere audiverit in Titium? &c. Poſteriori vero caſu omnino teſtes de auditu poſtponuntur oculatis, quia hoc caſu auriti dicuntur, qui factum ſaltim a tertio enarrari audiverunt.

(*b*) Hinc v. gr. teſtes de auditu, quamdiu teſtes oculati haberi poſſunt, non admittuntur, arg. L. 5. §. 6. ff. de re milit. Stryk, de Jure ſens. Diſſ. 3. c. 3. n. 13. B. D. Lauterbach, in Conſſ. Tub. vol. 1. cons. 140. n. 30. ſqq. Nec non ex eadem ratione teſtes de credulitate non probant, niſi concurrentibus aliis adminiculis. B. D. Lauterbach, in Conſs. Tub. vol. 2. Cons. 100. n. 10.

§. 144.

Quinam gradu reliquis ſint præferendi?

Hi igitur (§. 143.) recenſiti poſſunt quidem teſtimonium dicere, ſed non ſunt omni exceptione majores. Quæritur itaque, quantus ſit gradus probabilitatis ex ſingulorum depoſitione reſultans? Teſtis unicus omni exceptione major ſemiplenam conſtituit probationem (*a*). Hinc ſtatim patet, omnes teſtes Exceptioni cuidam obnoxios conſtituere gradum probabilitatis, ſemiplena probatione minorem. Sed quæritur jam: quinam depoſitionibus ſuis comparative majorem efficiant probabilitatem? *Minima* ſane inter hos modo recenſitos *ſeſe commendat probabilitate* depoſitio *teſtis de auditu* (*b*). Cum enim hujus depoſitio nitatur mera relatione alterius injurati, nec legitime examinati, adeoque multiplicibus exceptionibus obnoxii, inſuper, & ne hoc quidem plene probatum ſit, an talis teſtis de auditu tale quid audiverit? cum ad plenam probationem requirantur duo ad minimum teſtes, minima ſane inde reſultat probabilitas, vix, niſi in ſummo gradu neceſſitatis attendenda (*c*) *Majori jamjam præfulget probabilitate teſtimonium de credulitate*, cum hoc caſu teſtis non ſolum hoc vel illud ſe audiviſſe ſimpliciter affirmet, ſed inſuper etiam ex rationibus notis depoſitionem ſuam veram eſſe credat, quod ſecus ſeſe habet in teſte de auditu, qui relata mere refert, adeoque unice nititur alterius referentis fide; *iterum majorem* denique *probabilitatis gradum conſequitur teſtimonium impuberis* (*d*), quippe qui oculatus ſupponitur, atque factum propriis ſenſibus percepiſſe, adeoque majori certitudine deponere poteſt, quam alius, qui facto non ipſe interfuit; modo

do

do factum ita comparatum sit, ut in impuberis intellectum cadere possit.

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de probat. §. 8.

(*b*) Imo quandoque plures auriti non plus valent, quam unicus oculatus injuratus, quia scilicet aliquando fieri potest, ut plures factum ab eodem enarrari audiverint; quo casu omnino non plus esse potest in effectu, quam est in causa. Kahl, in Elem. Log. prob. d. Sect. 3. c. 1. §. 241. p. 213. Etiam inter auritos iterum dari possunt gradus; majori enim v. gr. probabilitate sese commendat testes auritus, qui factum recenseri audivit ab illo, qui ipse facto interfuit, quam is, qui factum audivit ab eo, qui facto non ipse interfuit, sed illud iterum a tertio audivit. &c. Kahl, c. l. §. 239. p. 212.

(*c*) B. Dn. D. Lauterbach, in Consil. Tubing. vol. 2. Cons. 99. n. 4.

(*d*) Heic tamen iterum dantur gradus probabilitatis pro ratione objecti, quatenus scilicet hoc in intellectum impuberis cadere potest, vel non potest.

§. 145.

Quando testis fit inhabilis, ideo, quia veritatem dicere præsumitur noluisse.

Alios porro inhabiles esse diximus ideo, quia veritatem dicere haud voluisse præsumuntur; hi iterum aut ita repelluntur, ut plane ne præsumtionem quidem constituant, adeoque plane inhabiles sint, aut saltim non omni exceptione majores. (§. 140.) Multæ magnæque heic sunt DDrum controversiæ, quænam impedimenta Testem plane inhabilem reddant, quænam non omni exceptione majorem (*a*)? admodum igitur difficile & lubricum erit, heic præcise determinare, quinam plane non admittendi sint, nec ne, quinam admittendi quidem sint, sed quorum testimonium tamen non plenum robur habeat? Faciamus rei periculum, persuasi fore, ut, si rem in uno vel altero casu minus acu tetigerimus, materiæ difficultati & ingenii tenuitati aliquid condonetur; determinandum hoc esse putamus ex fine probationis. (§. 127.)

Quodcunque enim impedimentum ita comparatum est, ut fini probationis e diametro repugnet, illud omnino testem plane reddit inhabilem; quodcunque autem impedimentum non directe repugnat fini probationis, illud nec testem prorsus reddit inhabilem, sed saltim derogat ejus fidei in tantum, in quantum impedimentum huic fini contrarium est.

(*a*) Confer. Celeb. Leyser, in Medit. ad ff. spec. 283. n. 1. & plur. sqq. ubi ita: „venio nunc ad titulum de testibus. Quem ut solide explicarem, aliquot dies legendis, qui passim de hoc argumento exstant, commentariis, „excerpendis memorabilibus, colligendis Responsis Juridicis, impendi. Peracto hoc labore, meditari & digerere collecta cœpi, diversosque titulos, „in quos meditationes meas referrem, excogitavi. Constitueram nempe agere de testimonio impuberum, minorum, senum decrepitorum, testium in

propria

„propria cauſa, membrorum univerſitatis, parentum, liberorum, conjugum, „fratrum, cognatorum, adfinium, amicorum, inimicorum, magiſtratuum, „tutorum, advocatorum, ſacerdotum, domeſticorum, ſubjectorum, injura-„torum, negativorum, teſtium de auditu, de credulitate, perſonarum vi-„lium & infamium, invitorum. Singulis his titulis Reſponſa aliquot deſtina-„veram. Quæ, poſtquam cum cura inſpicere & conſiderare cepi, tantam in-„vicem eorum pugnam animadverti, ut ea in luculentam conſonantiam redi-„gere deſperarem. Evolvi Farinacii aliorumque ſpiſſa de teſtibus volumina; „Regulas in illis multas inveni, ſed, quando eas cum ſubjectis limitationibus „contuli, ipſarum Regularum uſum nullum ſupereſſe vidi; reperi tandem, & „meum, & omnium, qui de teſtibus ſcripſerunt, laborem inanem fuiſſe, ac „potuiſſe cunctas, quæ de fide teſtium proponuntur, regulas, ampliationes, „limitationes, pauciſſimis comprehendi, atque ad hanc unicam regulam re-„ferri, quam ego Hadriani verbis, quæ Calliſtratus refert, proponam ex „L. 3. §. 2. ff. de teſtib, &c.„

§. 146.

Recenſentur in ſpecie inhabiles, abſolute tales.

Manifeſte inidoneos & ſtatim repellendos putem 1) *Perjuros* (*a*), ex ea ſcilicet ratione, quia omnis teſtium fides nititur hoc fundamento, ut teſtis veritatem dicere velit & poſſit (§. 138.), & quo magis teſtis fides adſtringatur, juramentum ipſi eſt præſtandum; cum igitur perjurus jamjam factis demonſtraverit, hoc vinculum adſtringendæ fidei apud ſe nihil plane valere, omnino ipſe finis principalis teſtimonii in perjuro cadit; nulla enim adeſt ratio ſufficiens, cur jam potius juramento præſtito ſtet, quam antea; hinc, quin talis manifeſte inidoneus ſit nec quicquam probet, per ſe intelligitur (§. 144.). 2.) Ex eadem fere ratione manifeſte inidoneus eſt *ille teſtis, qui ſe teſtem produci paſſus eſt, vel & teſtimonium ſcriptum exhibuit, ex poſt vero, cum examinandus eſſet legitime, juramentum teſtium præſtare absque juſta cauſa detrectavit* (*b*). Manifeſte enim talis declarat depoſitionem ſuam veritati haud eſſe conſentaneam, quia alias illæſa conſcientia juramentum præſtare poſſet. 3.) Plane repelluntur *illi, quibus inimicitiæ capitales interceſſerunt cum eo, contra quem producuntur* (*c*). Sed heic paulo accuratius nobis determinandum eſſe videtur, quo caſu inimicitiæ capitales interceſſiſſe videantur? id, quod facile fieri poſſe arbitror, ſi hoc impedimentum cum fine probationis conferatur. Quæritur enim heic, num talis probabiliter veritatem dixiſſe cenſeri poſſit? Quamdiu igitur hic finis ab inimico, ſi non in totum, ad minimum tamen in tantum, adhuc expectari poteſt, tamdiu etiam nondum inimicitia ita comparata eſſe videtur, ut ideo talis teſtis prorſus repelli poſſit; hinc noſtro judicio adtendendum

dum eſt ad id, num talis inimicus jamjam odium ſuum ita demonſtraverit, & adeo omnem honeſtatem per facta ſua depoſuerit, ut ex illis factis certum ſit, talem inimicum nequidem juramenti præſtiti ullam initurum eſſe rationem; quod facile ex eo intelligi poteſt, ſi facta, quibus inimicitiam ſuam teſtatus eſt, ita fuerunt comparata, ut turpiora vel æque turpia fuerint, quam perjurium committere; hoc enim caſu omnino conjici poteſt, talem nec hoc caſu perjurii rationem habiturum eſſe; quodſi vero facta, quibus talis inimicus inimicitiam ſuam demonſtravit, non æque turpia fuerunt, quam perjurium, omnino nec plane repellendus erit talis inimicus, cum nimis injurium foret in virum de cetero honeſtum, de illo præſumere, quod propter inimicitiam, licet graviſſimam, perjurium commiſſurus ſit 4.) *Plane repelluntur teſtes inidonei in cauſis, in quibus teſtes ſolennitatis ergo accedunt, vel certus teſtium numerus præciſe ad certum effectum requiritur, nec alia adminicula ad probationem ſupplendam admittuntur.* Sic teſtes inidonei, in teſtamenti factione adhibiti, omnino teſtamentum ipſum nullum reddunt; quia enim heic pro forma requiritur certus teſtium numerus, omnino, ſi inidoneus fuerit adhibitus, perinde erit, ac ſi non fuiſſet adhibitus, adeoque forma non recte ſeſe habebit, & ideo teſtamentum ipſum cadet (*d*). 5.) *Repellendum eſſe putem bannitum, ſive banno Imperii proſcriptum;* hic enim omnia jura amiſit, & in Republica habetur plane pro non-ente (*e*). 6.) denique *repellendi ſunt corrupti, qui pecuniam acceperunt, ut falſum dicerent teſtimonium* (*f*); quia nimirum hi manifeſte declararunt, ſe non veritatis, ſed lucri cauſa teſtimonium præſtituros eſſe, adeoque finis probationis haud obtinetur. Reliquos omnes, etiam illos, qui in propria quaſi cauſa deponunt, niſi alia accedat inhabilitas, omnino non prorſus arcendos eſſe arbitror (*g*); quia ſcilicet & ipſa pars aliquando, ſi juramento adſtringatur, aliquid conferre poteſt ad probationem, nec omni fide indigna habetur; alias enim juramentum a judice parti nunquam poſſet deferri ſive ſuppletorium, ſive purgatorium. Cum igitur illius aſſertio jurata, quem tamen proprie & principaliter cauſa tangit, non plane nullius roboris ſit, omnino nec teſtes plane erunt repellendi, quos cauſa non æque principaliter tangit ac actorem vel reum ſive partem ipſam.

(*a*) C. 9. X. de teſtib. Lauterb. in Coll. Theor. Pract. tit. de teſtib. §. 36. Idem, in Conſ. Tub. vol. 4. conſ. 13. n. 51. Celeb. Leyſer, in med. ad ff. ſpec. 283 n. 35.

 (*b*) Arg.

(b) Arg. L. 38. ff. de jurejur. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 27. n. 107. 108. 109. & 110.

(c) L. 3. pr. ff. L. 17. C. de Teſtib. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de teſtib. §. 35. Leyſer, in medit. ad ff. ſpec. 283. n. 25. & 35. Menochius, de Arbitr. judic. Quæſt. lib. 2. caſ. 110. & 239.

(d) B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 87. n. 84. ſeqq.

(e) Ummius, in proc. jud. Diſp. 16. th. 1. n. 10. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de teſtib. §. 18. Hinc & ſtatim plerumque inter interrogatoria generalia refertur illud, an quis ſit in banno Imperii, ob Zeug in des H. R. Reichs Acht seye? vid. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 39. int. gen. 2. pag. 142. Add. Ordnung des Königl. Landfriedens zu Worms de anno 1495. & de anno 1521. rubr. die Pœn der Friedbrecher. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de adopt. §. 20.

(f) d. C. 9. X. de Teſt. L. 17. C. de Teſt. junct. J. P. W. P. 1. tit. 39. interr. gen. 4 p. 142.

(g) Hos quidem plane inidoneos eſſe putat Leyſer, ſpec. ad ff. 283. n. 35. æque ac illum, qui publica vitæ infamia laborat pluribus facinoribus pollutus, id, quod tamen abſolute verum eſſe haud puto, niſi facinora tanta ſint, ut graviora ſint perjurio, ita, ut veriſimile ſit, teſtem nec perjurii rationem habiturum eſſe, & inſuper teſtis habitum in delinquendo ſibi comparaverit, nec forte ex imperitia, vel animo haud ſatis deliberato deliquerit, tum enim omnino cadit finis probationis, ſcilicet fides judici facienda & veritatis indagatio.

§. 147.

Huc & referendi teſtes contrarii.

Hactenus recenſiti teſtes (§. 149.) nullam prorſus præſumtionem conſtituunt, & plane inhabiles ſunt, quia veritatem dicere noluiſſe præſumuntur; jam vero dantur & alii, qui itidem plane nihil probant, & quorum teſtimonium æque parum roboris habet, & ne ullum quidem gradum probabilitatis juridicæ conſtituit, & quidem ideo, quia manifeſtum eſt, illos veritatem celaſſe; tales ſunt 7.) *manifeſte contrarii vel ſibi ipſis ſuisque depoſitionibus propriis, vel aliis probationibus vel aliorum conteſtium æque dignorum teſtimoniis* (a). Cum enim contradictorie oppoſita ſimul exiſtere & vera eſſe nequeant, omnino neceſſe eſt, ut hoc caſu talium teſtium alterutra depoſitio falſa ſit, adeoque ut in una vel altera depoſitione manifeſte mentiti ſint; quia igitur hoc caſu manifeſte apparet, tales teſtes contrarios veritatem dicere noluiſſe, id quod oppido repugnat e diametro fini probationis omnis, facile apparet, hos ita inidoneos eſſe, ut ne ullam quidem præſumtionem faciant (§. 143.).

(a) Non tamen omnis teſtium contrarietas ſtatim plane illos inidoneos reddit, ſed requiritur contrarietas in ſubſtantialibus. B. Dn. D. Harpprecht, reſp 81. n. 68. & reſp. 82. n. 71. ſeq. Teſtes enim, quantum fieri poteſt, ad concordiam ſunt redigendi. Petr. Müller, in Diſp. de contraria teſt. depoſit. c. 4. ſqq. Farinacius, de teſt. P. 2. qu. 65. & 68. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 261. n. 16.

n. 16. Quandoque tamen & contrarietas in accidentalibus plane derogat testium fidei, si nimirum testes positive talem circumstantiam asserant, & in assignanda tali circumstantia, licet extrajudiciali, varient, quam non nosse non possunt, ita, ut error conjici nullo modo possit. Cum enim omne factum, de quo quæritur, omnimode determinatum sit, adeoque omnia, tam substantialia, quam accidentalia, invicem amice conspirare debeant, omnino, si testes in minimis circumstantiis ad rem facientibus, & quas nosse debent, contrarii sint, illorum fidei nihil plane tribui potest, & quidem ex hac ratione, quia, si testes in talibus circumstantiis variant, factum non est omni modo determinatum, adeoque existere nequit, nec obstat, hoc casu ad minimum reliquas circumstantias extraessentiales supponendas esse, modo constet de essentialibus omnibus, sicut supra (§. 96.) affirmavimus; ibi enim supponitur, reliqua requisita veritatis extraessentialia non repugnare plane ipsi facto, sed saltem de iis judici haud constare; heic vero fingimus casum, ubi testes sibi contrariantur, adeoque determinatio facto repugnat. Imo cum tales testes scienter in circumstantiis extraessentialibus contrarii oppido sint perjuri, nec ideo ratio sit, cur in substantialibus magis ad juramentum suum respexerint, quam in extraessentialibus; *facile patet, horum testimonium ne minima quidem sese commendare probabilitate, quia testes perjuri de thesi ne præsumtionem quidem efficiunt* (§. 114.). Quadrare huc videtur exemplum illud, quod in historia de Susannæ accusatoribus legimus; cum enim testes variassent in tali circumstantia, quam oppido nosse debebant, adeoque scienter, sub quanam scilicet arbore Susanna adulterium commisisset, sub tilia, an sub quercu? merito Susanna absoluta fuit, licet testes in circumstantia saltem extraessentiali variassent. Add. Illustr. Heineccius, in Elem. ff. tit. de test. §. 144. n. 6.

§. 148.

Hos igitur, quos hactenus enumeravimus, testes ita repelli & inhabiles esse, ut eorum testimonium ne præsumtionem quidem efficiat, supra evicimus (§. 144. & 145.). Reliqui igitur, de quibus aliquo modo conjici potest, quod forte veritatem non dicere voluerint, etiam testes in propria causa (§. 144.) nihilominus aliquid ad minimum probant, licet non omni exceptione majores sint, quales sunt 1.) *criminosi* (*a*), 2.) *levis notæ macula laborantes* (*b*), 3.) *minores* 20. *annis in criminalibus* (*c*), 4.) *fœminæ præsertim in criminalibus de Jure Würtemb.* (*d*), 5.) *omnes in causa propria* (*e*), 6) *denique Judæi vel hæretici, in causis Christianos vel orthodoxos concernentibus* (*f*).

Quinam non absolute sint inhabiles, sed non omni exceptione majores?

(*a*) Cap. 54. X. de testib. Celeb. Leyser, in spec. ad ff. 283. n. 32. Huc referuntur infames, sive juris sive facti infamia laborantes. J. P. W. P. I. tit. 36. §. Item ehrlose Leuth ꝛc. pag. 134. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de test. §. 18.

(*b*) Celeb. Leyser, d. spec. ad ff. 283. n. 34. B. D. Frommann, in Disp. de levis notæ macula, th. 55.

(*c*) L. 20.

(*c*) L. 20. ff. de teſtib. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 20. Excipiuntur tamen caſus, a) ſi veritas aliter haberi nequeat, b) ſi agatur de probanda innocentia Rei, & c) in crimine læſæ Majeſtatis. Carpzov, in prax. crim. qu. 114. n. 42. ſeqq. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 224. n. 27. & 28. D. Frommann, in Diſp. de innocentiæ præſidio, th. 31. Farinacius, de Teſtib. qu. 54. n. 35. 117. in hisce enim caſibus & inhabiles admittuntur teſtes.

(*d*) C. 10. in fin. X. de verb. ſignif. J. P. W. P. 1. tit. 36 §. Item Weibsperſonen ꝛc. p. 134. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de teſtib. §. 20.

(*e*) L. 10. ff. L. 19. C. de teſtib. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 21.

(*f*) Nov. 45. cap. 1. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 35. Idem Lauterbach, in Conſ. Tub. vol. 4. Conſ. 35. n. 21. & Farinacius, de teſtib. qu. 62. n. 335. ſeqq.

§. 149.

Quoties habiles & omni exceptione majores teſtes haberi poſſunt, inhabiles non admittuntur.

Id ſemper faciendum eſt, quod optimum eſt & maxime conducit, per principia Moral. (*a*). Igitur ſemper omnis opera in eo collocanda eſt, ut finis probationis, ſcilicet veritas, quam fieri poteſt maxime, obtineatur; magis autem obtinetur finis probationis, ſi adhibeantur teſtes habiles, quam per inhabiles (§. 138. & 139.). Ergo *ſi habiles teſtes haberi poſſint, quin hi adhibendi ſint, & reliqui inhabiles, vel & qui non omni exceptione majores ſunt, excludantur, nullum eſt dubium* (*b*). Id quod vel exinde patet, quia ille, qui poteſt habere teſtes habiles, nihilominus his omiſſis producit inhabiles, ſummam corruptionis ſuſpicionem contra ſe habet, cum æque facile producere habiles, & eodem negotio omnes ſuper habilitate teſtium orituras lites præſcindere poſſet, quod cum non faciat, omnino valde probabiliter concludi poteſt, habiles ex mala conſcientia præteriri. *Quoties igitur habiles haberi poſſunt teſtes, inhabiles nihil plane probant* (*c*).

(*a*) Parens noſter Canz, in Diſcipl. moral. in Diſcurſu prælim. c. 3. §. 66.

(*b*) Quamvis ad adjuvandas reliquas probationes admittantur. B. Dn. D. Harpprecht, reſp. 3. n. 12.

(*c*) B. Dn. D. Harpprecht, in reſp. 7. n. 266.

§. 150.

Regula dijudicandi gradum probabilitatis ex teſtium inhabilitate oriundum.

Teſtes igitur non omni exceptione majores haud quicquam probant, ſi habiles æque facile haberi poſſint (§. 147.) (*a*), ſed admittuntur ſaltem in caſu, ſi habiles deficiant, vel haberi nequeant, vel & ſi aliæ præſto ſint præſumtiones adminiculantes; hoc igitur caſu probant quidem, ſed non plene, adeoque gradum quendam ſaltem efficiunt probabilitatis, qui jam, quantum fieri

fieri poteſt, ad minimum comparative nobis eſt determinandus. Heic prior regula (§. 143.) tradita recurrit: *Quodcunque ſcilicet impedimentum magis repugnat fini probationis, veritati ſcilicet eruendæ, illud etiam magis derogat fidei teſtium, & minorem efficit præſumtionis gradum.*

(*a*) Teſtes heic habiles haberi poſſe negantur, ſi tempore Rotuli conficiendi, & poſtquam probatio decreta fuit, habiles non amplius haberi poſſint, modo non dolo malo expectaverit Actor, donec habiles non amplius haberi potuerint.

§. 151.

Conferuntur inter ſe teſtes inhabiles, & diſpicitur, quænam inhabilitas veritati plus deroget altera.

Ex præmiſſis patet, illud impedimentum, quod magis repugnat fini probationis, ſcilicet veritati eruendæ, magis quoque derogare fidei teſtium (§. 150.). Quodſi jam determinandum ſit, quodnam impedimentum ex his, quæ ſupra (§. 148.) recenſuimus, magis deroget fini probationis vel minus, adeoque majorem fidei teſtis relinquat probabilitatem, vel minorem, ſine dubio reſpiciendum erit ad rationem, cur hic vel ille teſtis pro inhabili habeatur, ut appareat, num hæc ratio magis vel minus fini probationis repugnet? Singulos caſus ſpeciatim conſiderabimus. Inter teſtes non omni exceptione majores retulimus ſupra (§. 148.) etiam 1.) *fœminas*, quæ quippe præſertim de Jure Würt. in criminalibus non omni exceptione majores ſunt (§. 148. not. *d.*). Si reſpiciamus ad rationem, nulla ſane alia aſſignari poterit ratio, quam fragilitas ſexus (*a*); quæ ſane ratio adeo generalis & indeterminata eſt, ut nil fere per illam fini probationis derogetur; multæ enim dantur fœminæ, quæ omnino viris multo ſunt religioſiores, adeoque de quibus multo minus, quam de viris, perjurium præſumendum eſt. Heic enim non quæritur de factis, ſingulare judicium depoſcentibus, ſed quæ cuique obvia ſunt, & a quoque facile intelligi poſſunt; fragilitas vero eſt vitium intellectus potius, quam voluntatis; hinc, ſi de factis quæſtio ſit, quæ fœmina æque noſſe poteſt, ac vir, ſane male fragilitas allegatur tanquam ratio, cur mulieres veritatem, quam ſciunt, dicere nolint, ſi præſertim nulla alia concurrat ratio, ex qua mendacium conjici poſſit. *Minime igitur comparative hoc impedimentum derogat fidei teſtium, quia ad minimum maxime remota inde naſcitur perjurii ſuſpicio, quæ quippe in remota ſaltem poſſibilitate ſubſiſtit.* Gravius jam priori impedimentum eſt 2.) *minor ætas in cauſis criminalibus* (§. 114. not. *c.*).

Cum enim in Legibus ſemper pro imbecillioribus habeantur minores, quam mulieres, ideo etiam, ſi collidat privilegium minorennitatis cum privilegio ſexui ſequiori conceſſo, illud ſemper prævaleat hoc poſteriori (*b*); per ſe patet, ex analogia juris hoc caſu *minorennitatem magis obſtare fidei teſtium, quam ſexum* (*c*), *adeoque hoc caſu gradum probabilitatis minorem eſſe, quam priori, majorem tamen, quam* 3) *caſu tertio, quando* ſcilicet *teſtes levis notæ macula laborant*, levis notæ macula laborare dicuntur, qui vile atque ſordidum (non tamen moraliter tale) vitæ genus exercent (*d*). Ratio igitur, cur hi non ſint omni exceptione majores, hæc eſt, quia utplurimum ex infima plebe & viliſſimæ conditionis homines hujusmodi artibus exercendis deſtinantur, de quibus omnino per ipſam rerum naturam magis mendacium & perjurium præſumi poteſt, quam de aliis, qui nobilioribus artibus operam dant, & communiter meliori educatione fruiti ſunt; quia igitur negligentior educatio & exercitium ſordidæ artis, quod quippe hujusmodi macula laborantibus honeſtiorem conſuetudinem, ex qua meliora addiſcere forte poſſent, difficiliorem reddit, omnino magis determinata ratio eſt, cur facilius de talibus notatis mendacium & perjurium concipi poſſit, quam de aliis, & quidem magis determinata ratio, quam in mulieribus vel minoribus, adeoque exercitium hujusmodi ſordidæ artis majorem habere poteſt influxum in finem probationis, ſcilicet veritatem eruendam; *minorem ſane gradum probabilitatis efficit teſtimonium hujusmodi macula notati, quam minoris vel fœminæ.* Sequuntur hos 4.) *Judæi & hæretici;* ſed heic ante omnia determinandum eſſet, quisnam diceretur hæreticus? Nos cum communi DDrum ſchola heic loci ſub hæretici vocabulo intelligimus illum, qui cum tribus in Imperio Romano approbatis religionibus non conſpirat (*e*). Hi igitur teſtes ſunt non omni exceptione majores (*f*), ſcilicet contra Orthodoxos, ſive alteruter litigantium ſit orthodoxus, ſive uterque (*g*). Ratio hæc eſt, quia tales hæretici & Judæi aliquo modo pro inimicis habentur orthodoxorum & Chriſtianorum, & quia ſuperſtitio ſemper qualecunque odium Chriſtianorum illis inſtillaſſe præſumitur (*h*). Cum igitur hæc ratio iterum ſpecialior ſit priori, quia heic aliquo modo ſpecialius de odio in alterutrum litigantium conſtat, *omnino horum teſtimonium iterum minori ſeſe commendat probabilitate, quam priorum* (*i*), *at majori, quam* 5.) teſtimonium illorum, *qui in propria cauſa teſtes ſunt.* Heic enim

enim iterum ſpecialior prioribus ratio adeſt, cur tales pro inhabilibus habeantur, ob proprium ſcilicet intereſſe, quod teſte experientia omnibus maxime cordi eſt; hinc & quidam hos plane a teſtimonio dicendo arcendos, & nequidem examinandos eſſe putant. (*k*) Specialiorem dicimus hanc rationem prioribus, quia inde magis determinata ſuboritur ſuſpicio, teſtem falſum dicturum eſſe teſtimonium, quam prioribus caſibus, ubi æque ſpecialiter & determinate teſtium non intereſt, pro quocunque litigantium deponant. 6) Denique ſequitur *teſtimonium infamium & criminoſorum, quod comparative minimam præ ſe fert probabilitatem;* omnes enim rationes, cur priores pro inhabilibus habebantur, erant generales, non ſupponebant facta ſpecialia, ex quibus ſuſpicio perjurii colligeretur, at heic jamjam teſtes criminoſi actu & factis demonſtrarunt, honeſtatem ſibi admodum non cordi eſſe, adeoque ſpecialior prioribus omnibus heic præſto eſt ratio, cur minor fides hiſce tribui debeat, quam prioribus. (*l*) Et heic iterum aliquo modo gradum probabilitatis determinatum eſſe arbitramur, quatenus hic oritur ex depoſitionibus teſtium, qui veritatem non plene dixiſſe vel dicere voluiſſe præſumuntur, & ideo habentur pro non omni Exceptione majoribus.

(*a*) Cap. 10. in fin. x. de V. S. verb. „nam varium & mutabile teſtimonium ſemper „ fœmina producit &c. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de teſtib. §. 20.

(*b*) L. 12. ff. de minor. 25. ann. & ibi Gothofredus, in not. n. 11. B. D. Lauterbach, in Coll. Theoret. pract. tit. de minorib. 25. ann. §. 26.

(*c*) Quodſi jam quæreretur, quo ordine collocandus eſſet pupillus, ſi de ejus teſtimonio ageretur in colliſione cum caſibus hactenus recenſitis? absque dubio ex ſimilitudine rationis dicendum eſſet, minori ſeſe probabilitate commendare teſtimonium pupilli, quam minoris, ſed majori, quam v. gr. teſtimonium levis notæ macula notati, & ſic prudens ſemper priores caſus ex regulis traditis cum hiſce & vice verſa comparare poterit. Sit e. gr. teſtimonium teſtis de auditu vel credulitate, quod nonniſi relatione alterius injurati, eademque nequidem ſatis probata, nititur, aperte minori probabilitatis gradu gaudet, quam v. gr. teſtimonium teſtis in propria cauſa, qui tamen facto ipſemet interfuit, & qui de perjurio ſpecialius ſeſe non ſuſpectum reddidit; Sed tamen major hoc caſu eſt gradus probabilitatis, quam teſtis criminoſi, qui jamjam actu ſpecimina vitæ minus honeſtæ edidit.

(*d*) L. 27. C. de inoffic. teſtam. L. 6. C. de dignit. Celeb. Leyſer, ſpec. ad ff. 52. n. 6. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de his, qui not. infam. §. 31.

(*e*) Hi enim juribus communibus Imperii Romani non fruuntur, nec ullibi tolerari poſſunt publice. Inſtr. Pac. Weſtph. art. 7. Ex quo ipſo ſequitur trium religionum approbatarum aſſeclas pro hæreticis habendos non eſſe.

(*f*) B. D. Lau-

(*f*) B. D. Lauterbach, in Consf. Tub. Vol. IV. Cons. 35. n. 21. Farinacius, in Proc. crim. Qu. 56. art. 7. n. 232. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 70. n. 366.

(*g*) Nov. 45. c. 1. L. 21. C. de hæret. ibique Gothofredus in not. n. 31. Quamvis inter hæreticos vel Judæos testes sint idonei. Gothofredus, cit. loc. n. 33.

(*h*) Causa 2. Quæst. 7. can. 23. 24. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de test. §. 35.

(*i*) Heic tamen iterum dantur diversi gradus probabilitatis. Sic v. gr. majori probabilitate sese commendat testimonium Judæi vel hæretici, si uterque litigantium sit orthodoxus, quam si ille saltem orthodoxus sit, contra quem Judæus vel hæreticus deponit; quia enim utrique propter Religionem æque infensus est, nulla est ratio, cur magis pro hoc, quam pro illo deponat. Contra, minori gradu probabilitatis gaudet testimonium hæretici vel Judæi, si hæresis ita comparata sit, ut ejus asseclæ juste decipi posse statuant alteri Religioni addictos. Imo hoc casu plane non admittendos esse hujusmodi testes arbitror, quia scil. cessat finis omnis probationis. Sic, licet non omnimode rejici possit testimonium Judæorum, minorem tamen habet efficaciam, quam aliorum, qui dissentientes nullo modo decipi posse statuunt, quia scilicet Judæi plures statuunt reservationes mentales, imo facile absolutionem a perjurio contra Christianum commisso obtinere posse feruntur. vid. D. Beck, in Tr. de Jure Judæor. c. 16. §. 20. ubi ita: „ Ob aber auch rathsam seye, daß „ ein Christ einem Juden einen Aydt deferire? ist eine andere Frage; dann „ man hält insgemein darfür, daß die Juden jährlich den 10ten Tag des „ Monaths Tisri am Jom Kippur, oder grossen Versöhnungs-Tag, von de„ nen falschen Aydschwühren, so sie durch das ganze Jahr gethan, in ihrer „ Synagog pflegen absolvirt zu werden. ꝛc. Hinc & tot & tantæ cautelæ circa Juramenta Judæorum excogitatæ sunt; de quibus vid. Cammerger. Ordn. P. 1. tit. 86. der Franckfurter Juden-Stättigkeit und Ordn. dd. 7ten. Dec. An. 1705. Chur-Braunschweig. Ober-Appell. Ger. Ord. P. 2. tit. 8. pag. 205. alleg. a D. Beckio, cit. loc. §. 23. Sic olim secundum Jus Saxonicum antiquum Judæus jurans pelli suillæ insistere debebat, im Richtsteig-Landr. c. 50. Add. Casp. Ziegler, de Jurib. Judæor. c. 5. §. 5. recensitus ab Ill. Heineccio, in Elem. Jur. Germ. lib. 3. tit. 6. §. 228. Qui mos tamen exolevit, & juste quidem. vid. Dn. Stryk, in Us. mod. ad ff. tit. de jurejur. §. 9. & in Cautel. Juram. P. 2. Sect. 1. c. 2. n. 76. Dn. Beck, cit. loc. §. 21.

(*k*) Cel. Leyser, in Spec. ad ff. 283. n. 35.

(*l*) At heic iterum dantur gradus; Quo majus enim est crimen commissum, eo minorem probabilitatis gradum consequitur testimonium hujusmodi facinorosi; hinc, si delictum sit gravius, si sæpius repetitum, ita, ut testis habitum in delinquendo consecutus sit, vel & si magis directe repugnet fini probationis, omnino minor est gradus probabilitatis, quam in delictis levioribus, non sæpius repetitis, vel & fini probationis non adeo contrariantibus.

§. 152.

Regula quoad testes in propria causa.

Dantur & plures gradus probabilitatis inter testes in propria causa, qui tamen adeo accurate, propter infinitam fere casuum indi-

individuorum variationem, diverſitatem temperamentorum, affectuum, &c. adſignari non poſſunt. Hinc ſufficiat, regulam aliquam tradidiſſe, ſecundum quam gravitas & pondus probabilitatis aliquo modo determinari poteſt. Teſtis in propria cauſa dicitur, qui ex victoria alterutrius litigantium damnum vel commodum ſentit, vel ſentire poteſt. (*a*) *Quo gravius igitur eſt damnum metuendum, vel quo majus commodum aliquis ex victoria ſperare poteſt, eo minori teſtimonium ipſius gaudet gradu probabilitatis.* Gravius damnum aliquis ſentire poteſt vel intuitu objecti. Sic v. gr. venditor, ſi agatur de Evictione, majus damnum ex victoria Domini ſupervenientis metuit, ſi res evincenda ſit majoris pretii, quam ſi ſit minoris &c. vel & quandoque gravitas commodi vel damni intelligitur ex majori vel minori gradu certitudinis, an ſcilicet futurum ſit damnum vel commodum, nec ne? Sic v. gr. donator non tantum patitur damnum, ſi res donata evincatur a donatario, quantum venditor; præterquam enim, quod donator non teneatur regulariter de Evictione præſtanda, ſicuti is, qui titulo oneroſo rem in alterum transtulit, (*b*) alter non perfecte ad ἀντίδωρα obligatur; (quæ quippe eſt ratio, cur donator non habeatur pro teſte omni exceptione majori, (*c*)) adeoque etiam valde incertum eſt, num donatarius præciſe ferente occaſione gratitudinem ſuam teſtificaturus ſit atque demonſtraturus, nec ne? Quodſi igitur hanc Regulam in caſibus hinc inde occurrentibus, in quibus teſtes habentur pro non omni Exceptione majoribus, tanquam in propria cauſa deponentes, applicare placuerit, non admodum difficile erit, comparative aliquo modo gradum probabilitatis adſignare.

Sic I. v. gr. *teſtimonium Socii criminis* dicitur non omni exceptione majus; (*d*) & quidem præſertim ideo, quia talis eſt teſtis in propria cauſa. (*e*) Quodſi jam quæratur, quantus ſit gradus probabilitatis hujusmodi teſtimonii? *facile patet, omnium minima probabilitate illud ſeſe commendare.* 1.) Enim talis ex ſua depoſitione, ſi valeret, quoad objectum, magnum commodum vel damnum ſperare poſſet, pœnam ſcilicet quandoque corporis afflictivam, imo & aliquando ultimum ſupplicium, 2.) certo ſcire poteſt, hoc damnum vel commodum ſubſecuturum eſſe, & 3.) denique talis teſtis eſt criminoſus, cujus teſtimonium, per ſupra demonſtrata, (§. 151. n. 6.) licet proprium intereſſe non concurrat, valde exigui momenti eſt. *Quin igitur hujusmodi te-*

ſtimonium ſocii criminis minima ſeſe commendet probabilitate inter omnes teſtes in propria cauſa, per ſe clarum eſt. (*f*) imo hos, quoad gradum probabilitatis utplurimum ad n. 6. ſupra (§. 151.) ſpectare arbitror.

Sic II. tanquam teſtes in propria cauſa non omni exceptione majores ſunt, *qui commodum vel damnum pecuniarium ex victoria alterutrius partis expectant*, v. gr. venditor in cauſa Evictionis, ſocius in cauſa communi, fidejuſſor in cauſa, in qua fidejuſſit, correi ſive debendi, ſive credendi, ſinguli de univerſitate in cauſa univerſitatis, quatenus talis cauſa ſingulorum intereſſe vel commodum concernit, (*g*) omnes hi certiſſimum & quidem determinatum commodum vel incommodum ex ſua depoſitione ſperare aut metuere debent; *valde igitur exigui roboris eſt horum teſtimonium, gravius tamen teſtimonio ſociorum criminis, ſed minoris momenti,* (*h*) *quam*

III. *teſtimonium ſanguinis vel affinitatis nexu inter ſe conjunctorum;* Cum enim hi ex conjunctorum victoria æque certum & determinatum commodum ſperare non poſſint, ac priores, *omnino majori gradu probabilitatis gaudet teſtimonium conjunctorum, quam priorum.* (*i*)

IV. *Majori ſeſe probabilitate commendat teſtimonium domeſticorum, vel & ſubditorum;* non ſolum enim nec hi ullum determinatum commodum vel damnum ex victoria herorum vel dominorum expectare poſſunt, ſed nec tantus amor naturalis inter hos & dominos intercedit, quantus inter ſanguine conjunctos, qui quippe ſemper ad minimum remote ſive ex cognati meritis gloriam, ſive ex demeritis ignominiam, imo quandoque, licet remote, & commodum pecuniarium, mediante ſcilicet hereditate, expectare poſſunt; quæ relationes omnes ceſſant in famulis noſtris & ſubditis. (*k*)

Gravius V. *prioribus teſtimonium eſt illorum, qui propter Exiſtimationem vel honorem vanum & incertum* (*l*) *non habentur pro omni exceptione majoribus; quales ſunt* α) *Advocati in cauſis, in quibus patrocinium præſtiterunt*, β) *Procuratores* in cauſis Principalium, γ) *Tutores* in cauſis pupillorum, δ) *Judices* in cauſis, in quibus judicarunt. (*m*) Quodſi enim hi rite officio ſuo functi ſint, honeſtorum virorum inculpationem non eſt quod metuant; vana enim eſt gloria admodum, quam quis ex victoria injuſta expectat, adeoque proprie, ſi vel maxime cauſa cadant, plane nullam inde metuere poſſunt exiſtimationis jacturam. (*n*) *Minime denique*

VI. fidei

VI. fidei teſtis *nocet commodum gratiæ vel & gratitudinis*, quod forte expectare poteſt, v. gr. donator, re donata evicta, cui quippe ne vana quidem illa gloria, quam in liberalitate quæſiſivit, revera adimitur; Quodſi enim donator non ſciverit, rem eſſe alienam, alter nihilominus manet obſtrictus ad gratitudinem (ſecus, ſi ſciverit; tum enim incidit in crimen); Adde, quod admodum incertum ſit, num alter revera ſeſe gratum exhibiturus ſit (*o*)? quo caſu omnino, per deducta, minus eſt commodum, quod quis ex victoria alicujus ſperare poteſt.

(*a*) L. 1. §. 11. quando appell. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Teſtib. §. 21. Mevius, P. 4. Dec. 285. n. 4. Sic inter interrogatoria generalia in omni Teſtium Examine adhibenda & illud communiter refertur: Ob Zeug Nutzen oder Schaden aus dem Sieg des führenden Theils zu hoffen oder zu förchten habe? J. P. W. P. 1. tit. 39. int. 5. pag. 142.

(*b*) L. 18. §. ult. ff. de donat. junct. L. 62. ff. de ædilit. edict. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de Evict. §. 15.

(*c*) L. 25. §. 11. ff. de hered. petit. L. ult. C. de revoc. don. L. 54. §. 1. ff. de furt. B. D. Lauterbach, d. tit. de Teſtib. §. 24.

(*d*) B. Dn. D. Harppracht, reſp. 14. n. 180. junct. n. 262.

(*e*) L. 11. C. de Teſtib. C. 10. X. eod. L. ult. C. de accuſ. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Teſtib. §. 28.

(*f*) Dantur tamen & heic iterum gradus probabilitatis. Ponamus enim, tales criminoſos deponere adverſus alios notorie criminoſos vel & infames, major ſane erit gradus probabilitatis, quam ſi honeſtos viros in ſocietatem criminis trahere velint depoſitione ſua. B. Dn. D. Harpprecht, dict. reſp. 14. n. 263. B. D. Lauterbach, d. tit. de Teſtib. §. 28. Add. L. ult. C. de accuſ. Sic & major eſt gradus probabilitatis, ſi commodum vel incommodum ſperandum vel metuendum minus ſit. Confer. ea, quæ ad (§. 116. not. l.) dicta ſunt.

(*g*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Teſtib. §. 23. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 82. n. 24. & 25. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Dec. 262. n. 41.

(*h*) Magis tamen iterum vel minus roboris habebit tale teſtimonium pro magnitudine objecti. vid. illa, quæ in hoc §. deducta ſunt.

(*i*) Heic facile intelligitur, gradus probabilitatis iterum diverſos eſſe pro ratione conjunctionis, ſive propioris, ſive remotioris, imo quandoque pro ratione & quantitate affectuum in caſibus ſingulis. Sic *teſtimonium parentum ſine dubio infimo gaudet probabilitatis gradu;* nulla enim arctior datur ſanguinis conjunctio, quam quæ intercedit inter parentes & liberos, *imo liberorum & parentum teſtimonium minori adhuc gradu probabilitatis ſeſe commendare, quam illorum, quorum in claſſe ſecunda hujus §phi mentio facta eſt*, venditoris ſcilicet, ſi de evictione agatur &c., facile eſt demonſtratu; Non ſolum enim quoque *certo* & *directe* hi commodum vel damnum pe-

cuniarium ex teftimonio reciproco expectare poffunt, quia fcilicet fibi invicem funt neceffarii heredes ab inteftato; verum & ultra hanc rationem accedit adhuc naturalis amor, qui intercedit inter parentes & liberos, adeoque duplex heic præfto eft ratio, cur minoris fit fidei hujusmodi teftimonium. *Sic porro refpective minori probabilitatis gradu gaudet teftimonium liberorum in poteftate conftitutorum, quam emancipatorum*, propter periculum majoris metus reverentialis; *hinc & horum teftimonium iterum minori fefe commendat probabilitate, quam parentum teftimonium*, quia præter rationes parentum teftimonio derogantes accedit adhuc metus reverentialis. Sic etiam iterum minus probabilitatis præ fe fert teftimonium uxoris pro marito, quam parentum & liberorum; non folum enim heic eadem utplurimum & plerisque in locis eft fpes fuccedendi, adeoque commodum pecuniarium, verum etiam metus reverentialis, amorque conjugalis; & accedit infuper, quod plerisque in locis, imo ubique fere in Germania, obtineat focietas conjugalis. vid. B. D. Lauterbach, in Difs. de ære alien. in fociet. conjug contracto folvend. per tot. B. Dn. D. Harpprecht, in Difp. de fociet. conjug. Quæ iterum gravis eft ratio, cur magis directe conjugum, quam liberorum & parentum, interfit, an conjuges victores evadant, nec ne? *Omnes igitur hi ne accedunt quidem ad claffem fecundam hujus §phi*, licet eorum teftimonium non plane nullius fit momenti, fed omnino aliquid ad minimum præfertim certis in cafibus operetur, fi fcilicet alii teftes æque facile haberi non poffint (§. 150. not. a.). B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Teftib. §. 29. B. Dn. D. Grafs, Cons. Tub. vol. 5. Cons. 100. n. 25. feqq. In quibusdam tamen caufis plene probant, ut, fi agatur inter utrinque æqualiter conjunctos, quia tunc ceffat ratio.

(*k*) Si tamen fubditi in caufis dominorum examinandi fint, requiritur, ut juramentum, quo dominis obftricti funt, ad illum actum remittatur. Carpzov, P. I. conft. 16. def. 64. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Teft. §. 34. Idem, in Cons. Tub. vol. I. cons. 23. n. 38. Sic &, fi teftes de univerfitate in caufis univerfitatis, licet non fingulos concernentibus, examinentur, quoque juramentum, quo tanquam Cives Univerfitati adftricti funt, illis eft remittendum ex fimilitudine rationis. Quodfi hæc remiffio omiffa fit, adhuc fieri debet, & teftes, fi fieri poffit, denuo examinandi funt; quodfi tamen relaxatio juramenti amplius fieri non poffit, non quidem nullæ funt hujusmodi depofitiones, fed tamen non tanta probabilitate fefe commendant, quanta fefe commendarent, fi vinculo juramenti fuiffent foluti.

(*l*) Loquimur heic de gloria quadam incerta & inani, qualis fefe exerit in cafibus propofitis. Secus igitur res fefe habet & aliud judicium ferendum eft, fi teftis exiftimationis fimplicis veram jacturam metuat; cum enim fama pari paffu cum vita ipfa ambulet, adeoqne utplurimum homines famam omnibus opibus anteponant: *omnino hoc cafu minor erit gradus probabilitatis, quam in claffe fecunda, ubi faltem de damno pecuniario fermo erat.*

(*m*) Diverfi iterum heic affignari poffent gradus, pro gradu exiftimationis vel jacturæ exiftimationis, quam tales expectare forte poffunt. *Sic refpective minima inter cafus hos allegatos probabilitate fefe commendat teftimonium Judicis, in caufa, in qua judicavit;* Plus enim dedecoris Judex metuere poteft ex fententia, quæ retractatur, quam Advocatus, quia Judex in utrius-

que

que partis momenta inquirere, & ex illis pro juſtiore pronunciare potuit; quod ſecus ſeſe habet in Advocato. At *Advocati teſtimonium iterum minus præ ſe fert probabilitatis, quam teſtimonium Procuratoris*, quia Procurator nonniſi mutam perſonam gerit, Advocatus autem totam cauſam dirigit. Poſſet equidem heic dubium alicui ſuboriri ex eo, quia Procuratores poſt Litis Conteſtationem fiunt Litis domini, adeoque perinde habentur ac Principales litigantes ipſi; verum dominium hoc Litis admodum fictitium eſt, imo finito proceſſu quoque finitur, adeoque fidei Procuratoris parum obſtat. *Minima ignominia redundat denique in tutorem, in cauſa pupilli teſtem agentem, ſi ſcilicet non aliquando actio tutelæ ipſi ſit metuenda*, quia hic utplurimum cauſas Advocatis & Procuratoribus committit &c.

(*n*) Diverſum igitur judicium ferendum eſt, ſi res ita comparata ſit, ut forte Judex, Advocatus vel & Tutor, propter negligentiam commiſſam, regreſſum metuat; tum enim ſpectat caſus ad claſſem ſecundam.

(*o*) Quodſi vero donatio non ſit ſimplex, ſed remuneratoria, aliud erit dicendum, & caſus ſpectat ad claſſem ſecundam; tum enim locum habet evictio, adeoque donatori regreſſus metuendus eſt. L. 27. L. 34. §. 1. ff. de donat. B. D. Lauterbach, in Colleg. Theoret. Pract. tit. de Evict. & duplæ ſtipul. §. 17.

§. 153.

Accedimus denique adhuc ad numerum teſtium a LL. requiſitum; hic enim, ſi non præſto ſit, itidem inde exoritur probabilitas juridica; de quo caſu igitur pauciſſimis agendum erit. Requiruntur ad probationem plenam ad minimum duo teſtes omni exceptione majores (*a*). *Ubi igitur unicus ſaltem præſto eſt teſtis, idemque omni exceptione major, ibi eſt probatio ſemiplena* (*b*); ubi ſunt duo, quorum alter eſt omni exceptione major, alter non eſt, habemus probationem ſemiplena majorem; ubi eſt unus non omni exceptione major, habemus ſemiplena minorem probationem (*c*). Sed quid, ſi præſto ſint duo teſtes, quorum uterque non eſt omni exceptione major? & diſtinguendum eſſe putem, *an uterque laboret defectu graviſſimo, & qui maxime derogat fini probationis, an non adeo gravi? caſu priori*, v. gr. ſi præſto ſint duo injurati, vel duo criminoſi, vel & duo teſtes de auditu &c. *probabilitatem nequidem ad ſemiplenæ probationis gradum aſcendere vel vix hunc quandoque attingere putem*; cum enim inter ſemiplenam probationem, & haſce præſumtiones leves, multi adhuc interjaceant gradus intermedii, non unus ſaltem, utique, licet duo hujusmodi concurrant, nondum ſuperant gradum probabilitatis omnium reliquorum interjacentium; *ſi vero præſto ſint teſtes, non graviſſimis defectibus, ſed intermediis, laborantes, omnino efficient ſe-*

Quantus probabilitatis gradus ex numero teſtium oriatur?

 miplenam

miplenam probationem vel paulo majorem; ſic v. gr. duo ſanguine conjuncti, vel duo Judæi, vel duo, qui levis notæ macula notati ſunt (§. 151. & 152.), efficient probationem ſemiplenam vel paulo majorem; *quodſi vero defectus ſint minimi*, qui teſtibus gradum probabilitatis a ſemiplena probatione haud multum diſtantem relinquunt, *probatio erit ſemiplena major*, imo proxime accedet ad plenam probationem. v. gr. ſi duæ fœminæ producantur, vel uterque teſtium ſit minor 20. annis in criminalibus &c., & ſic ex præmiſſis facile dijudicari poterit aliquo modo gradus probabilitatis in caſibus obvenientibus.

(*a*) Singulare quid tamen ſancitum eſt in Jure Canon. can. 2. & 3. quæſt. 4. cauſ. 2. ubi Epiſcopus vel Præſul nonniſi 72., Presbyter Cardinalis 44., Diaconus Cardinalis 27., Subdiaconus & minorum ordinum Clerici nonniſi 7. teſtibus convinci poſſe, ſtatuitur. Id, quod non ſolum ipſi Pauli Apoſtoli effato I. ad Timoth. 5. v. 19. e diametro contrariatur, nec ideo etiam hodie obſervatur, vid. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 44. n. *626*. ſeqq. verum etiam omnino notatu dignum eſt, quod gloſſa ad dictos Canones, ipſum ſummum Pontificem duobus teſtibus convinci poſſe, adfirmet; ita, ut eapropter æque, ac ipſe Diabolus, damnandus ſit. vid. B. Dn. D. Harpprecht, c. l. n. *629*.

(*b*) Dantur tamen & caſus excepti, in quibus & unicus teſtis ſufficit, v. gr. in probanda rei innocentia. Frommann, de Innocentiæ Præſidio, th. 30. ſqq. inter mercatores, modo alia concurrant adminicula; in Poſſeſſorio ſummariiſſimo, ſi officiales deponant in cauſis ad eorum officium ſpectantibus; de pluribus caſibus vid. Farinacius, de teſt. quæſt. *26*. n. 18. in fin. add. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 12. & 33. quo & ille referri poteſt, ſi teſtis de facto proprio deponat. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 11. n. 124. add. Leyſer, ſpec. ad ff. 283. n. 28.

(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 8.



CAPVT III.

CAPUT III.

PARS II.

SECTIO III.

DE PROBATIONE PER INSTRUMENTA.

§. 154.

Sequitur jam tertius probandi modus, per Inſtrumenta ſcilicet, ubi itidem gradus probabilitatis, ſi unum vel alterum Inſtrumentorum requiſitum deficiat, aliquo modo determinandus eſt. Inſtrumenta vel publica ſunt, vel privata; *publicum dicitur*, *quod a Magiſtratu vel perſona publica confectum vel confirmatum eſt*, *ſive tacite*, *ſive expreſſe*. Hinc triplici reſpectu dantur Inſtrumenta publica, 1.) illa ſcilicet, quæ a perſona publica jurata, auctoritate Magiſtratus, confecta ſunt; quo ſpectant v. gr. Protocolla publica judicialia (*a*); aut quæ non juſſu Magiſtratus, ſed tamen a perſonis publicis, v. gr. Notariis publicis, confecta ſunt; quo & referuntur Notariorum Protocolla, ex quibus Inſtrumenta conficiuntur (*b*). 2.) Quæ quidem a privatis confecta, ſed a Magiſtratu ſubſcripta vel ſubſignata ſunt, & hæc nituntur expreſſa Magiſtratus confirmatione (*c*), vel 3.) quæ a privatis quidem ſcripta ſunt, ſed in Archivis publicis aſſervantur (*d*), quæ tacita nituntur Magiſtratus auctoritate. Privatum inſtrumentum eſt, quod a privatis mere confectum eſt (*e*). De ſingulis erit dicendum.

Tranſitus ad tertium probandi modum per inſtrumenta.

(*a*) C. 2. X. de fide Inſtrum. B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. nov. 70. n. 190. B. Dn. Sam. Stryk, in Diſſ. de Jure protoc. c. 5. & 6. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 37. §. welcher beſiegelte Brief ꝛc. p. 129.

(*b*) L. 30. C. de donat. L. ult. C. de re judic. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fid. inſtr. §. 45. B. Dn. Sam. Stryk, in d. Diſſ. de Jure protoc. c. 2. ſqq.

(*c*) d. C. 2. X. de fide inſtrum. verb: aut Avthenticum Sigillum habuerint. pr. Inſt. de emt. vend. L. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. ſolv. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fid. inſtrum. §. 7.

(*d*) Avth. Ad hæc. C. de fide inſtrum. L. 30. L. 31. C. de don. L. 10. ff. de probat. L. ult. C. de re judic. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fid. inſtr. §. 7. & 8. B. Dn. D. Harpprecht, in Conſ. nov. 99. n. 27. ſeqq. Huc & ſpectant, ſi inter privatos agatur, omnes ſcripturæ, omniaque documenta, aſſervata in ſcriniis civitatum vel pagorum. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 34. Rubr. Rhodel, Urbar, Zinß ꝛc. p. 130. Beſold, ad Jus Prov. Wurt. P. 1. th. 69.

(*e*) L. 5. 6. 7. C. de probat. L. 9. C. de fid. inſtr. B. D. Lauterbach, d. tit. de fid. inſtr. §. 12.

§. 155.

§. 155.

Enarrantur Protocolli judicialis requisita.

Prima igitur species Instrumentorum publicorum illa est, quæ a persona publica jussu Magistratus, vel & ab ipso Magistratu, confecta sunt (§. 154.); huc præcipue spectant Protocolla publica judicialia; dispiciemus igitur de Requisitis Protocolli, ut, si de his constet, determinari possit, quanta remaneat probabilitas, uno vel altero Requisito deficiente; Protocollum igitur omnibus suis partibus absolutum, & plene probans, sequentia desiderat Requisita. Imo, *ut Persona Protocollum conscribens sit persona publica*, quæ vulgo dicitur, Actuarius, Secretarius, in Camera Imperiali Protonotarius (*a*), *eademque jurata* (*b*), & ut hæc persona ipsa propria manu Protocollum conscribat (*c*), nisi propter causas legales impedita sit, tum enim & jussu & auctoritate judicis alius admittitur substitutus, qui tamen in causis alicujus momenti quoque juramento debet esse adstrictus, quia potissimum Protocollum nititur fide scribentis (*d*), imo subjiciendum erit ab Actuario, quod ipse fuerit impeditus, & hic vel ille auctoritate judicis Protocollum confecerit (*e*); IIdo, *ut Protocollum fiat jussu & auctoritate judicis* (*f*). IIItio, *ut omnia fideliter & ordine adnotata & conscripta sint* (*g*), hinc addi debet, 1.) dies & Consul (*h*), 2.) locus, 3.) nihil, in substantialibus scilicet, rasum vel deletum esse debet (*i*), 4.) fieri debet mentio judicis, partium, & Actuarii (*k*), 5.) abstinendum est ab abbreviaturis insolitis, &, quantum fieri potest, a cyphris (*l*). IVto denique requiritur, *ut præsertim in Criminalibus omnia de verbo ad verbum notentur*, &, *quantum fieri potest*, *formalia ipsa verba retineantur* (*m*), quamvis hoc, ad omnem suspicionem amovendam & utile sit in Civilibus. Hæc igitur Protocolli rite confecti præcipua sunt requisita; jam igitur dispiciendum est, quonam deficiente major remaneat fides Protocollo (*n*)?

(*a*) B. Dn. Sam. Stryk, in Diss. de jure protocoll. c. 5. n. 23. sqq. B. Dn. D. Harpprecht, in Resp. 48. n. 36. Celeb. Dn. Estor, in dem teutschen Reichs-Procefs, sect. 89. §. 2396. Celeb. Leyser, in spec. ad ff. 71. n. 1. 2. 3. Quandoque tamen & Protocolla conficiuntur ab officialibus in rebus ad eorum officia privative spectantibus; tum omnino hi ipsimet Protocollum conscribere possunt, non adhibito Actuario, modo reliqua requisita præsto sint, Imum scil. IIItium & quandoque IVtum Dn. Sam. Stryk, d. Diss. c. 5. n. 49. sqq. c. 11. X. de probat. Sic non raro videmus, in nostro Ducatu, inquisitiones primas in delinquentes fieri a Præfecto in præsentia duorum Scabinorum, quo casu ipse Præfectus Protocollum conscribit, vel & quandoque in causis

causis civilibus, quatenus coram Præfectis peraguntur, ab his Protocolla conficiuntur, quæ vocantur Vogt-amtliche Protocolle, atque omnino plenam merentur fidem. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 92. n. 178. Besold, Thesaur. Pract. voc. Gerichts-Acta.

(*b*) Ord. Cam. P. I. art. 59. rubr. der Gerichtsschreiber und Leser-Aydt. Fulvius Pacianus, Tract. prolixo de probat. L. I. c. 65. n. 72. B. Dn. Sam. Stryk, in d. Diss. c. 5. n. 27. sqq.

(*c*) B. Dn. Stryk, d. l. n. 38. Celeb. Dn. Estor, d. l. §. 2398.

(*d*) Dn. Stryk, c. l. n. 47. Jus Prov. Württ. P. I. tit. 6. §. Wir wollen auch. pag. 42.

(*e*) Dn. Stryk, c. l. n. 44. 45. 46. Dn. Estor, c. l. §. 2398.

(*f*) Stryk, c. l. n. 52. Dn. Estor, d. l. §. 2396. in not. n. 2. Sufficit tamen & tacitus jussus vel præsumtus, v. gr. si de rebus quæstio sit, de quibus regulariter Protocollum confici consuevit. Dn. Stryk, c. l. c. 5. n. 53.

(*g*) Dn. Stryk, d. l. c. 5. n. 54. sqq. Brunnemann, in Proc. Civ. c. I. n. 81. Dn. Estor, d. l. §. 2400.

(*h*) Dn. Stryk, c. l. c. 5. n. 56. Dn. Estor, d. l. §. 2397.

(*i*) Dn. Stryk, d. l. c. 2. n. 48. sqq. Dn. Estor, d. l. §. 1396. in not. n. 4.

(*k*) Dn. Stryk, d. c. 5. n. 56. Dn. Estor, d. l. §. 2399.

(*l*) Dn. Stryk, d. l. c. 5. n. 60. junct. c. 2. n. 45. sqq.

(*m*) Ord. Crim. Carol. V. art. 184. sq. Carpzov, in Proc. Crim. P. 3. quæst. 113. n. 53. Dn. Stryk, in d. Diss. c. 5. n. 58. 59.

(*n*) Cum Requisiti IIItii, submembra saltem ad bene esse, & ut eo certius de veritate Protocolli constet, desiderentur; facile patet, si reliqua requisita recte sese habeant, hæc præcise non ita necessaria esse, ut eorum omissio statim vitiet Protocollum, sed hoc nihilominus plene probare; quamvis nulli adcurato Actuario suaderem, ut illa omitteret. Sic, licet dies & Consul nunquam omittendus sit, si tamen per accidens tempus non expressum sit, ideo totum Protocollum vitiari non arbitror, modo non tempus substantialia causæ merita concernat; sic porro loci omissionem pariter validitati Protocolli derogare haud credo, cum illud in dubio pro se habeat præsumtionem legalitatis, adeoque, licet locus non expressus sit, in dubio credendum sit, illud in loco Judicii consueto confectum esse; Rittershusius, in Cons. Alt. Resp. 77. n. 20. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 83. n. 272. Nec etiam rasuram vel deletionem fidei Protocolli derogare puto solam, modo de substantialibus & causæ meritis constet; sæpe enim partes aliter vel adcuratius sese explicant, vel & Actuarius, loco expressionum obscuriorum, alias clariores ponit. B. Dn. Stryk, in d. Diss. c. 2. n. 52. sqq. & n. 75. sqq. Sic porro Judicis & Actuarii mentionem non præcise necessarium esse arbitror, modo probatum non sit, Protocollum non jubente & præsente judice confectum esse; iterum enim præsumtio fortissima solennitatis & legalitatis heic omnem fraudis excludit suspicionem. Ill. Dn. a Wernher, P. 6. Obs. 259. Dn. Estor, c. l. §. 2399. not. I. aliud dicendum est de partibus; harum enim mentio si non facta sit, obscurum sane erit Protocollum ipsum, nec apparebit, an

præcise ad casum quæstionis pertineat? Multo minus abbreviaturæ vel cyphri vitiant Protocollum, modo sint cognitæ vel cogniti, & legi possint. Tum enim demum fidei aliquid protocollo detrahitur, si ex illo non satis appareat de voluntate partium aut circumstantiis actus gesti. Menochius, de arbitrariis Judic. quæst. L. 2. cas. 187. n. 20. Dn. Stryk, cit. Diss. c. 6. n. 15. Sed probe notandum est, me hoc casu adfirmare saltem, Protocollum tale nihilominus probare plene, licet unum vel alterum modo recensitorum requisitorum deficiat; quo ipso tamen non affirmo, hujusmodi defectum principalem, qualis est præsertim temporis adjectio, (reliqui enim non adtenduntur) eatenus vitiare Protocollum, ut suppleri debeat hic defectus, si suppleri possit. Nobis etenim saltim quæstio est de casu, si suppleri tempus forte propter causæ antiquitatem non amplius possit, & tum tale Protocollum nihilominus plene probare arbitror. Si enim scriptura privata, in Archivo publico, vel & si inter privatos agatur, in Registris & Scriniis Civitatum vel pagorum inventa, plene probat, (§. 154. not. d.) cur non plene probet tale Protocollum a persona publica jubente judice & de cetero ita conscriptum, ut sensum habeat? Suppono enim heic reliqua requisita, ut scil. 1.) a persona publica, 2.) præsente & jubente Judice, & 3.) ita conscriptum sit, ut substantialia & causæ merita contineat; quodsi enim unum ex his Principalibus Requisitis deficiat, & hoc probatum sit, omnino non amplius plene probabit Protocollum, & tum de gradibus probabilitatis determinandis sermo est.

§. 156.

Conferuntur inter se gradus probabilitatis, si unum vel alterum Requisitorum Protocolli deficiat.

Quodsi igitur quæstio incidat, de majori vel minori probabilitatis gradu, de tribus illis Requisitis Principalibus, *an scil.* Imo *Protocollum conscriptum sit a persona jurata*, IIdo, *an conscriptum sit jubente & præsente judice*, & IIItio, *an ordine conscriptum sit*, & *causæ merita contineat?* potissimum dispiciendum est. Reliqua enim requisita, per deducta, non vitiant protocollum, ut scilicet non amplius plene probet, licet, omissa temporis expressione, hoc adhuc suppleri debeat, si suppleri possit. (§. 155. not. n) *Ponamus deficere* IIItium *requisitum*, scilicet Protocollum merita causæ non satis exprimere, adeoque exinde probationi sufficientem non accendi lucem, *nullus sane inde nascetur gradus probabilitatis*, *si scil. plane genuinus sensus inde intelligi nequeat*, *verum concidet totum Protocollum*, quia scilicet, si Protocollum contradictoria contineat, vel tam obscurum sit, ut nullus sensus exinde erui queat, plane nulla judici sit fides, adeoque hoc casu Protocollum ne tantillum quidem ad finem probationis confert. Quodsi vero adhuc appareat sensus quidam, omnino Protocollum plenam habebit fidem, licet paullo obscurius sit, & tum per genuinas interpretationis regulas verus ejus sensus erui

debeat.

debeat. Nec hic igitur casus efficit gradum probabilitatis; aut enim plane nullus verus Protocolli apparet sensus, & prorsus nihil probabit, aut apparet sensus, licet difficulter erui possit, & plene probabit, licet obscurior stylus Judici nauseam creare possit. *Ponamus deficere Imum Requisitum*, scilicet Protocollum a persona non jurata, sed tamen præsente & jubente judice conscriptum esse, *& in levioribus causis nihilominus plene probabit* (*a*), *in majoribus vero causis non item*, neque tamen nullam fidem faciet hujusmodi protocollum, cum præsentia & jussus judicis fraudis suspicionem heic excludant; aliquo igitur probabilitatis gradu sese commendabit, sed quæritur quonam? *major sane erit gradus probabilitatis, quam si Protocollum absente nec jubente judice fuerit confectum, licet a persona jurata;* cum enim in causis levioribus hujusmodi Protocollo plene credatur, licet a persona non jurata conscriptum sit, omnino non tantum fidei illi decrescet in causis majoris momenti, ut *nihilominus ad minimum gradus probabilitatis remanens sit semiplena probatione major;* vix enim credibile est, aliquem in judicio in præsentia plurium Scabinorum & Judicis, imo & quandoque partium, falsa Protocollo infertururum esse, quæ falsa facillime possent animadverti, si forte Judex vel Scabinus saltim Protocollum inspicerent, vel partes ejus Extractum peterent; criminis falsi enim in continenti posset convinci, *contra vero, si Protocollum absente nec jubente judice confectum sit*, 1.) omnis probatio sola nitetur fide Actuarii, licet jurati, qui absente judice tam facile falsi convinci non poterit; 2.) sine Judicis auctoritate & jussu intelligi nequit Protocollum judiciale, adeoque *tale Protocollum a solo actuario jurato absente judice confectum ad summum pari passu ambulabit cum testimonio jurato unius testis, & ideo semiplenam forte constituet probationem* (*b*); & tantum de Protocollo judiciali. (*c*).

(*a*) Dn. Stryk, in d. Diss. c. 5. §. 44. sqq.

(*b*) Dn. Estor, in dem teutschen Reichs-Proc. d. sect. 89. §. 2399. not. 1. Ill. Dn. a Wernher, P. 1. Obs. 1. n. 3.

(*c*) Unum enim ex his duobus requisitis si deficiat, probatio non amplius plena est; adeoque hoc casu Protocollum nonnisi gradum quendam constituit probabilitatis; utrumque tamen si præsto sit, id, quod & exinde præsumitur, si protocollum in Archivo vel Scrinio civitatis ordinario inter alia protocolla inveniatur, omnino plene probabit protocollum, adeoque præsumtionem solennitatis & veritatis tamdiu pro se habebit, donec contrarium evidentissime probatum sit; B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 83. n. 272. Dn. Stryk, d.

Diff. c. 6. n. 1. sqq. hinc, licet hæc vel illa suspicio in contrarium allata fuerit, v. gr. atramentum esse diversum, litterarum tractus non ubique eosdem esse, locum vel tempus non adjectum esse, &c. orietur quidem inde suspicio contra Protocollum, fidei tamen illius ideo nihil derogabitur, nisi contrarium plene probatum sit, adeoque Protocollum nihilominus plene probabit; nec igitur hoc casu præsto erit probabilitas Juridica, quæ quippe supponit plenam probationem deesse. (§. 27.)

§. 157.

Pergitur ad Protocolla Notariorum.

Protocolla judicialia sequuntur Protocolla Notariorum publicorum, quæ magnam cum prioribus habent similitudinem atque affinitatem. Dicuntur etiam Protocolla, quia a persona publica confecta sunt, Notario scilicet, qui est persona publica, auctoritate publica, in Imperio nostro Imperatoria, constituta eo fine, ut de rebus gestis, certæ & perpetuæ memoriæ gratia Instrumenta condat (*a*), vel, secundum Huberum (*b*), vir bonus, acta secundum LL. concipere peritus, eamque ad rem publice constitutus. Protocollum hoc est annotatio facti a Notario eo fine facta, ut exinde postmodum instrumentum conficiatur (*c*), & ita plene probat, ut in dubio ad illud, tanquam fundamentum & basin instrumenti, recurratur, si hoc dubium sit, vel alio laboret vitio (*d*). Constare autem debet requisitis suis, quorum quædam Protocollo non quidem vim plenæ probationis adimunt, cautelæ & utilitatis tamen gratia præsto esse debent, quædam autem derogant fidei protocolli ipsi, ita, ut, omisso tali Requisito, Protocollum non amplius plenæ probationis vim habeat.

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fid. instrum. §. 25. Juri Romano munus Notariorum fuit incognitum, quippe quod demum novioribus temporibus cognitum esse cœpit, & proprie fundatur in Ord. Maximil. tit. von Notarien. de an. 1512. Tabelliones enim & Tabellarii Romanorum differebant quam maxime ab hodierno Notariorum munere, quamvis in praxi receptum sit, ut, quoties Jura desiderant tabellionem vel tabularium, hodie admittatur Notarius, abrogato illo veterum tabellionum munere. Lauterbach, cit. loc. Ord. Imp. de Ao. 1512. von Notarien. §. Es ist auch. ꝛc. 15.

(*b*) Huber, in Prælect. ad ff. tit. de fide instr. §. 8.

(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fide instr. §. 26. Huber, d. l. §. 6. Sam. Stryk, in d. Diss. de Jure Protoc. c. 1. n. 16.

(*d*) Anal. c. 11. X. de probat. Carpzov, in Jurispr. for. P. 1. Const. 17. def. 44. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 26. Stryk, in cit. Diff. c. 4. n. 1. sqq.

§. 158.

§. 158.

Jam igitur de requisitis Protocolli Notarialis dispiciendum est. Imum *idemque maxime essentiale requisitum est, ut tale Protocollum conscriptum sit a Notario publico jurato*, & quidem propria regulariter Notarii manu (*a*), nisi hic impeditus sit, quo minus scribere possit, quo casu per alium substitutum Protocollum scribi potest, sed ita, ut hic verbotenus illud ex ore Notarii dictantis excipiat, & postea Notarius huic Protocollo nomen suum subscribat, facta mentione impedimenti, & quod alter Protocollum ex ore suo exceperit (*b*). IIdo *requiritur, ut Notarius* ad fidem actui conciliandam & Protocollum vel Instrumentum conficiendum *rogatus sit* (*c*), & quidem, si negotium plures concernat, v. gr. si de contractu quæstio sit, &c. ab omnibus, quorum interest (*d*). Licet autem rogationis in Protocollo ipso mentio haud fiat expresse, illa tamen nihilominus præsumitur (*e*). IIItio *requiritur, ut ad minimum Notarius duos testes adhibeat*, si scilicet agatur non de negotio solenni, sed de facto probando (*f*). IVto requiritur, *ut Notarius nomen suum Protocollo adjiciat* (*g*). Vto, *ut Protocollum confectum partibus & testibus prælegat* (*h*). VIto, *ut substantialia facti ibi contineantur* (*i*), VIImo, *ut abstineatur a rasuris, concellationibus, abbreviaturis & cyphris insolitis* (*k*); & hæc sunt principalia hujusmodi Protocolli Requisita, quæ si cuncta præsto sint, Protocollum omnibus numeris absolutum est; jam & ad id attendendum erit, quænam requisita tantum fidei Protocolli derogent, ut Protocollum non amplius plene probet, adeoque, ut inde nascatur probabilitatis quidam gradus, & quænam licet deficiant, Protocollo tamen nihilominus plenæ probationis vim relinquant? Requisita Protocolli Notarialis.

(*a*) Dn. Stryk, in Diss. de Jure protoc. c. 2. n. 16. sqq. Dantur tamen plures Notariorum species; sic quidam sunt Notarii Cæsarei, quidam Apostolici, qui posteriores nonnisi in causis Ecclesiasticis, in foris Catholicorum, adhibentur; Cæsarei iterum sunt vel simpliciter tales, vel immatriculati, Cameræ scilicet Imperialis Matriculæ inserti; olim quidem heic nulla erat differentia; in Ordinatione Camerali autem de Ao. 1555. P. I. tit. 39. sancitum est, ut in Actibus Cameralibus officium suum exercere alius non possit, quam immatriculatus, sic appellationes, citationes, &c. coram & ab his fieri debent, & quidem sub pœna nullitatis. Gail, Obs. Pract. lib. I. Obs. 21. n. 6. & 7. add. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fide Instr. §. 33. Hæc tamen differentia nos directo non tangit, quia nobis sermo est de probatione, & quatenus Instrumentum a tali Notario confectum probet; qualia Instrumenta, in fidem facti cujusdam confecta, cum regulariter ipsa

materialia processus concernant, nec ad Actus Camerales proprie spectent, omnino & in Camera Imperiali probare debent. Hinc & talia instrumenta a Notariis licet haud immatriculatis confecta, si nimirum confecta sint ad probationem facti, antequam processus ad Cameram erat devolutus, nihilominus & in ipsa inclyta Camera Imperiali plenam fidem facere, extra dubium est.

(*b*) Dn. Stryk, c. l. c. 2. n. 24.

(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fide instrum. §. 34. Dn. Stryk, d. l. c. 2. n. 10. & 11. add. Nov. 44. pr. & c. 1. quæ, licet de tabellione loquatur, hodie etiam ad Notarios extendenda est (§. 157. not. a.). & Ord. Imper. de anno 1512. §. und nachdem in allgemeinen Rechten ꝛc. Ratio, cur rogatio requiratur, est, ne Notarius, se ipsum ingerendo sponte, fiat suspectus, sicuti testis. L. 25. ff. de procurat.

(*d*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fid. instr. §. 34.

(*e*) Dn. Stryk, d. Diss. de jure protoc. c. 2. n. 13. dissentire tamen videtur D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 34. cum Menochio, L. 2. præsumt. 81. n. 1. seq. sed hic loquitur de instrumentis solennibus, ille de protocollis, adeoque commode poterunt conciliari. Quoad protocolla enim Strykii sententia nobis videtur de jure verior; Notarius enim non rogatus, protocollum conficiens, contra officium suum peccaret, quod in dubio haud præsumendum est; nullibi enim expresse constitutum legitur, ut præcise mentio fieri debeat rogationis in protocollo, licet rogatio requiratur; multo minus constitutum est, ut, omissa mentione rogationis, protocollo nulla vel non plenæ probationis vis relinquatur.

(*f*) Notario enim absque testibus non creditur. Lauterbach, in Coll. d. tit de fid. instrum. §. 40. testium autem qualitas & numerus dependet a natura negotiorum, quibus adhibentur. Sic in testamentis requiruntur 7. testes, qui requisita habent testium testamentariorum; sic ad conficiendos Codicillos requiruntur testes 5. &c. regulariter tamen, ubi de testibus saltem veritatis, non solennitatis gratia adhibendis quæstio est, sufficiunt duo testes ad ferendum testimonium habiles. Si forte non sint omni exceptione majores, tantum decrescet fidei protocolli vel instrumenti, quantum decrescit fidei testium ipsorum; de qua re vid. supra (§§. 144. & 151.)

(*g*) Dn. Stryk, d. Diss. c. 2. n. 25. & 27.

(*h*) Ord. Imp. de anno 1512. §. dann nachdem. & §. und am meisten. add. Stryk, d. l. c. 2. n. 30. seqq.

(*i*) Dn. Stryk, d. l. c. 2. n. 34. seqq. hinc communiter additur annus & dies, imo & locus. Dn. Stryk, d. l. n. 41. reliqua requisita instrumentorum, ut indictio Romana, nomen Imperatoris &c. ad protocollorum fidem haud requiruntur. Stryk, ibid. n. 42.

(*k*) Dn. Stryk, d. l. c. 2. n. 45. seqq. Ord. Not. de anno 1512. §. Item die Notarien.

Quænam requisita omissa veritati facti derogent?

§. 159.

Protocollum Notariale omnibus partibus absolutum constare debere 7. Requisitis, supra (§. 158.) dictum est. Ex his Requisitis Imum, IIdum, IIItium, Vtum & VItum ita necessaria esse, ut,

ut, uno vel altero omiſſo, Protocollum non amplius plene probet, quilibet facile intelliget. *Primum* enim Requiſitum, cum Protocollo Norariali eſſentiale ſit, vel ideo ſaltem neceſſarium eſſe, ad plenam Protocollo probandi vim conciliandam, quia, hoc remoto, ſcriptura non amplius eſt Protocollum Notariale, per ſe patet. *Secundum* Requiſitum, rogatio ſcil. Notarii, ideo neceſſarium eſt, quia a partium dependet voluntate, quomodocunque fidem actibus ſuis comparare velint; quodſi igitur deficiat partium voluntas, negotium quoddam coram Notario peragendi, deficiet quoque fides Notarii, qui quippe, absque partium conſenſu, illarum negotiis ſeſe ingerendi immiſcendique jus non habet, adeoque tum ad minimum tanquam Notarius non publicam fidem faciet, neque hoc caſu ejus Protocollum vel Inſtrumentum, pro documento publico, habebitur, ſed quicquid factum fuerit, habebitur pro Inſtrumento privato & depoſitione teſtis cujusdam privati, nec adeoque plenam fidem merebitur, ſed conſtituet ſaltem gradum quendam probabilitatis. Quodſi tamen in Protocollo rogationis mentio omiſſa fuerit, hæc nihilominus in dubio interveniſſe præſumitur (§. 158. not. *e*.). *Tertium* Requiſitum, nimirum adhibitio teſtium, quia maxime fides Protocollorum & Inſtrumentorum inde dependet, quin omnino neceſſarium ſit, eoque omiſſo Protocollum non amplius publici inſtrumenti, ejusdemque plene probantis, vim habeat, facile intelligitur. *Quintum* Requiſitum, prælectio ſcilicet, cum itidem ad probationis vim non parum faciat, omnino etiam neceſſarium hujusmodi Protocolli partem eſſe, vel ex eo clarum eſt, quia alias partes & teſtes neſcirent, quid Notarius ſcripſiſſet, adeoque teſtes, qui tamen ad majorem Protocollo fidem conciliandam adhiberi debent, non ſolum inutiles eſſent, verum etiam non ſatis conſtaret, an Notarius mentem partium veram noſſet atque cepiſſet? conſequenter, hoc requiſito omiſſo, omnino fini omnis probationis, fidei ſcilicet Judici faciendæ & veritati facti, haud parum detraheretur (*a*). Eadem etiam ratio Requiſiti *Sexti*, ut ſcilicet Protocollum ſubſtantialia facti probandi contineat (*b*); hoc enim omiſſo, omnino ex Protocollo factum ipſum probari haud poterit, adeoque finis probationis quam maxime cadet; *imo*, *ſi plane ſubſtantialia actus ex tali Protocollo haud appareant*, *Protocollum ne minimam quidem fidem faciet*; omnia enim eſſentialia facti ipſum factum probandum conſtituunt;

hisce

hisce igitur ſublatis, nihil etiam de facto ipſo probatum erit, circumſtantiæ tamen, vel antecedentes, vel conſequentes, de quibus forte ex Protocollo tali conſtat, indicium ſive propius, ſive remotius, conſtituent, pro illarum ratione (§. 98.). Hisce igitur Requiſitis deficientibus, protocollum vim plenæ probationis amittet, & gradum ſaltem quendam probabilitatis juridicæ conſtituet.

(a) Licet autem in ipſo protocollo prælectionis mentio haud fiat, illa tamen æque ac Notarii rogatio, erit præſumenda, propter præſumtionem delicti excluſivam, quæ omnino non permittit ſupponere, quod Notarius juratus officium ſuum neglexerit; imo, ſi dolus Notarii ſupponatur, poterit mentionem facere in inſtrumento prælectionis factæ, licet revera non facta ſit, adeoque, ſi dubium circa prælectionem ſubnaſcatur, illa nihilominus aliunde probanda erit. Cum igitur mentio prælectionis, in inſtrumento facta, ipſam prælectionem per ſe haud probet, nec inſtrumento majorem fidem conciliet, nihil ſane inſtrumento derogabitur, licet expreſſa prælectionis mentio facta haud ſit, modo ab adverſario probari nequeat, prælectionem plane omiſſam eſſe.

(b) Quæritur heic, num adjectio temporis & loci, vel & expreſſio nominum teſtium, ſint partes eſſentiales, adeoque ſalva protocolli fide omitti nequeant? ita quidem ſentit Dn. Stryk, in d. Diſſ. de jure protoc. c. 2. n. 41. ibique alleg. Nicol. Everhardus, de fide inſtrum. c. 3. n. 54. Nobis omnino videtur diſtinguendum eſſe, inter adjectionem loci & temporis, & expreſſionem nominum teſtium. Priori enim caſu locus & tempus non ſemper ſpectant ad ſubſtantialia facti, adeoque horum omiſſionem fidei protocolli eatenus derogare haud arbitror, ut illud non amplius plene probet (§. 155. not. n.). Ulricus Huber, in Præl. ad ff. tit. de fid. inſtr. n. 4. niſi ſcilicet præciſe notio temporis vel loci ingrediatur facti ſubſtantialia; licet conſultius & melius ſit, tam temporis, quam loci, ſemper mentionem facere. Poſteriori caſu omnino plenæ protocolli probationi nonnihil detrahi putem; adhibitio enim teſtium quam maxime ad finem probationis facit, &, ſi ignorentur teſtium nomina, nemo certus eſſe poteſt, an Notarius teſtes adhibuerit, nec ne? cum tamen Notario absque teſtibus plene haud credatur. Adde, quod aliquando, ſi inſtrumenti fides in dubium vocetur, teſtes hi producantur; quodſi vero eorum nomina ignorentur, eorum productio erit impoſſibilis. Sin hic defectus aliunde ſuppleri & probari poſſit, teſtes hos vel illos negotio adhibitos eſſe, protocollo nihilominus plenam adſcribere probationem haud dubitarem; nulla enim tum præſto eſt ratio, cur fidei hujusmodi protocolli aliquid derogetur? Huber, d. l. n. 5. quodſi enim eo caſu, ſi teſtes protocollo ſubſcripſerunt, adeoque aliunde de teſtibus conſtat, non præciſe neceſſe eſt, ut Notarius illorum mentionem injecerit, idem ſine dubio dicendum erit, ſi eorum adhibitio, v. gr. per teſtes, vel aliunde, probetur; quamvis in eo nolim Hubero ſubſcribere, quod in inſtrumento vel & protocollo præciſe ſubſcriptio teſtium neceſſaria ſit. Conſt. Imp. de anno 1512. §. die Notarien ſollen auch. Nov. 47. c. 1. & Nov. 73. add. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fide inſtrum. §. 41.

§. 160.

§. 160.

Contra Requiſitorum quartum & ſeptimum Protocollo haud ita cenſentur eſſe neceſſaria, ut, illis prætermiſſis, Protocollum ſtatim plenam probandi vim amittat, ſed illi hoc caſu nihilominus plenam fidem tribuere equidem haud ambigerem. Quod enim quartum Requiſitum, Notarii ſcilicet ſubſcriptionem, attinet, illa absque dubio ideo requiritur, ut conſtet, an Notarius Protocollum confecerit? quodſi vero de hac quæſtione aliunde conſtet, cadit ratio hujus requiſiti, adeoque Protocolli fidei nihil ſane derogabitur (*a*). Eadem ratio eſt Requiſiti ſeptimi, quodſi enim raſuræ non ita ſint comparatæ, ut protocolli ſenſum dubium reddant, nihil obſtat, quo minus tale Protocollum nihilominus plene probet (*b*), licet raſuræ, ſi non conſtat de earum ratione, ſuſpicionem quandam, ſed generalem ſaltem, contra Protocollum efficiant, quæ, accedentibus forte aliis adminiculis urgentioribus & gravioribus, ejus fidei derogare poſſunt. Aut igitur conſtat adhuc de ſenſu Protocolli vero, aut non; priori caſu raſura nihil plane Protocolli fidei derogabit, ſed illud nihilominus plene probabit; poſteriori caſu, omnis plane ejus vis concidet (§. 156.). Idem dicendum erit de Requiſito ſexto.

Quædam requiſita, licet omiſſa, ipſi protocolli veritati nihil derogant.

(*a*) Dn. Stryk, d. Diſſ. de jure protoc. c. 2. n. 29. ſeqq. eadem ratio erit ſubſignationis, quæ quippe quandoque etiam in ipſis inſtrumentis ſolennibus juramento ſuppleri poteſt. B. D. Lauterbach, in Coll. tit de fide inſtrum. §. 41.

(*b*) Dn. Styk, in d. Diſſ. c. 2. n. 62. ſeqq.

§. 161.

Quodſi igitur de probabilitate quadam ex hujusmodi Protocollo oriunda, quæſtio ſit, adtendendum erit ſaltem ad Requiſita I. II. III. & V. & diſpiciendum erit, quonam deficiente, major remaneat probabilitatis gradus? *Ponamus jam, tale Protocollum a perſona privata* (*a*), *& non a Notario publico, confectum eſſe; minimus ſane Protocollo remanebit probabilitatis gradus*; tum enim hujusmodi Protocollum publici Inſtrumenti fidem haud mereri vel ex eo patet, quia deficit perſona publica jurata, cui ſoli hujusmodi Inſtrumentorum publicorum conficiendorum jus competit; erit igitur tum tale Inſtrumentum vel Protocollum ſcriptura privata, & eandem vim habebit, cum teſtimonio ſcripto injurato, de quo ſupra (§. 135.), h. e. præſumtiunculam vix

Conferuntur inter ſe illa Requiſita, quæ, omiſſa, fidei protocolli detrahunt.

adtendendam conſtituet. *Major jam priori remanebit protocollo probabilitatis gradus, deficiente Requiſito tertio, ſcilicet, ſi Protocollum quidem conſcriptum ſit a Notario publico, ſed teſtes non fuerint adhibiti* (*b*). Licet enim hoc caſu Protocollum tale pro Inſtrumento publico haberi nequeat, cum Notario plene haud credatur ſine teſtibus; habebit tamen vim inſtrumenti privati, & quidem majorem, quam teſtimonium teſtis injurati; cum Notarius jamjam ſit juramento adſtrictus, *adeoque ad ſemiplenam probationem prope accedet* (*c*). *Major iterum Protocollo ſupererit probabilitatis gradus deficiente Requiſito quinto, ſi ſcilicet Protocollum legitime prælectum non ſit;* ſine dubio enim minus fraudis metuendum eſt a Notario, qui in præſentia teſtium inſtrumentum & protocollum conſcripſit, quam a tali, qui remotis teſtibus tale conſcripſit, licet Protocollum teſtibus non præciſe relegerit; non ſolum enim heic ſupponitur Notarius juratus, verum & præſentia teſtium, quæ omnino, licet Protocollum prælectum non ſit, ad minimum magis fraudis ſuſpicionem excludit, quam ſi plane adhibiti non eſſent teſtes; minus enim præſumendum eſt, Notarium coram teſtibus falſa Protocollo ſuo inſeruiſſe, quam teſtibus remotis, quia non ſolum ſtatim per teſtes criminis falſi convinci poſſet, ſed & Notario metuendum eſſet, ut teſtes Protocolli prælectionem ſponte peterent, quo caſu facillime ejus perjurium detegi poſſet. *Majori itaque gradu probabilitatis adhuc ſeſe commendabit hoc caſu Protocollum, quam ſemiplena probatione; Minime tandem fidei Protocolli derogabit defectus Requiſiti ſecundi, ſi ſcilicet Notarius rogatus non ſit*, niſi, (quod tamen ſemper fere hoc caſu accidit,) inſimul deficiat Requiſitum quintum, prælectio ſcilicet; tum enim gradus probabilitatis minor erit, quam caſu priori, aſt major, quam ſi Requiſitum primum vel tertium deficiat. Prælectione enim facta, major iterum Protocollo fides accedit, licet itidem hoc caſu Protocollum publici Inſtrumenti vim non habeat, quam ſine partium, quarum intereſt, conſenſu nanciſci nequit; *major itaque hoc caſu præſto erit probabilitatis gradus, quam probatio ſemiplena*; 1.) enim præſto erit teſtimonium juratum Notarii publici, licet hoc caſu tanquam perſona privata conſideretur; 2.) præſto ſunt teſtes alii, qui, licet non jurati, præſumtionem tamen aliquam conſtituunt, & 3.) facta ſupponitur prælectio, quæ itidem magis fraudis ſuſpicionem excludit.

(*a*) Sed quid dicendum de hoc caſu, ſi Notarius quidem juratus adſit, ſed de-

fectu

fectu laborans, qui illum ad officium & munus Notarii suscipiendum & gerendum reddit inidoneum? Resp. hoc casu quidem testimonium erit privatum, sed nihilominus juratum, & majoris vel minoris fidei erit pro gravitate defectus; de quo casu vid. requisita testium & gradus probabilitatis exinde resultantes (§. 145. & 151.). add. Ord. Imp. de anno 1512. §. 2. **Erstlich ordnen wir.** & quia supponuntur alii testes, licet injurati, adhibiti esse, major nihilomiinus erit gradus probabilitatis, quam testimonium juratum unius testis, cui vero nulla alia accedunt adminicula, (sed NB. si testes protocollo nomina sua propria manu subjecerint, alias adhibitio testium sola nititur fide instrumentum conficientis); imo etiam ex rogatione & prælectione iterum major accedet gradus probabilitatis, propter tacitam partium adprobationem; hæc ex præmissis in casibus obvenientibus facile poterunt determinari.

(*b*) Alia est ratio, ubi testes requiruntur non probationis, sed solennitatis gratia; tum enim totum corruet negotium (§. 158. not. f.).

(*c*) Non absque ratione addo, *ad semiplenam probationem prope accedet.* Deficit enim testium examen solenne, quod quippe requiritur, si testis, licet juratus, semiplene probare debeat (§. 123. & 124.).

§. 162.

Hactenus egimus de Protocollis Notariorum; jam accedimus ad Instrumenta publica ab illis confici solita, quæ scilicet ex Protocollis formantur, additis solennibus consuetis, adeoque & a DDribus vocantur extensa (*a*). Cum igitur Instrumenta ex Protocollis conficiantur, facile patet, non solum omnia Protocollorum Requisita etiam in Instrumentis extensis & solennibus desiderari, sed & plures adhuc alias solennitates requiri; quæ solennitates tam necessariæ sunt, ut, vel una omissa, Instrumenta nulla sint, & vim suam amittant (*b*); sed saltem qua Documenta publica, quin enim tanquam privatæ scripturæ, nihilominus aliqualem probationis vim habeant, & gradum quendam probabilitatis constituant, nemo facile negabit, quia forma & essentia Instrumenti privati in talia Instrumenta quadrat (*c*), & sæpissime hujusmodi solennitates deficientes supplentur per alias probationes (*d*).

Fit progressus ad Instrumenta Notariorum.

(*a*) Dn. Stryk, in d. Diss. de Jure Protoc. c. 3. n. 1. 2. 3.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 44. n. 266. seqq. & Cons. nov. 72. n. 26. seqq.

(*c*) Excellent. inter nos Jur. & Philos. Mor. Professor Dn. Christian. Ferd. Harpprecht, in Disp. de Actuum Conversione rel. per tot.

(*d*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor Pract. tit. de fid. instrum. §. 41. Ulr. Huber, d. t. n. 4. not. *. & **. add. ibi alleg. Dn. Menken, ad Ord. P. S. tit. 24. §. 2.

§. 163.

Requisita instrumentorum Notarialium describuntur.

Solennitates, quæ, præter illa Protocollorum requisita (§. 158.) tradita, in Instrumentis publicis & solennibus observandæ sunt, sequentibus absolvuntur: Primo, *tale Instrumentum, quatenus in Camera Imperiali producitur, inscriptum sit membranæ vel Pergameno*, non papyro (*a*), secundo, *incipiat ab invocatione Nominis Divini* (*b*), tertio, *addatur annus nativitatis Salvatoris nostri JEsu Christi* (*c*), quarto, *Indictio Romana* (*d*), quinto, *Nomen Imperatoris regnantis* (*e*). Sexto, *Tempus*, & quidem specialissime, exprimendum est, quoad annum, mensem, diem, imo horam, & *Locus*, itidem usque ad Conclave, in quo actus gestus fuit (*f*). Septimo, *adjicienda & exprimenda sunt nomina & cognomina testium* (g), & octavo denique desideratur *subscriptio & subsignatio Notarii* (*h*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fide instrument. §. 35. Ord. Imper. de anno 1512. von Notarien. §. Item die Notarien. 19. verb. In Pergamen, und nicht Papier ꝛc.

(*b*) d. Ord. Imper. de anno 1512. §. Und nachdem. 3. verb. Im Anfang nach Anruffung Göttlichen Nahmens, von dem alle Gutthat kommt ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fid. instrum. §. 37.

(*c*) d. Ord. Imper. de anno 1512. §. Und nachdem. 3. verb. die Jahrzahl unsers Heyls ꝛc. B. D. Lauterbach, d. l. §. 37. B. D. Harpprecht, in resp. 44. n. 269.

(*d*) d. Ord. de anno 1512. §. Und nachdem. 3. verb. Römisch Zinß-Zahl, Indictio genannt ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 38. Ulr. Huber, in Prælect. ad ff. d. tit. de fid. instrum. n. 4.

(*e*) d. Ord. Notar. d. §. Und nachdem. 3. verb. der Nahme des obersten Fürsten ꝛc. & seq. §. 4. verb doch also, daß aufs wenigst im Begriff des H. Röm. Reichs der Nahme und das Jahr der Regierung eines Röm. Kaysers oder Königs, so zu derselben Zeit ist, zu setzen. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 39. Id. quod & requiritur de Jure Civ. Nov. 47. c. 1. Add. Huber, d. l. n. 4.

(*f*) Ord. Notar. d. §. Und nachdem. 3. verb. darnach Monath, Tag, Stund, Mahlstatt, und NB. an welchem Ort derselben ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 39. B. D. Harpprecht, in Cons. nov. 44. dict. n. 269. Ut autem testes subscribant, non est necesse. Nov. 47. c. 1. Nov. 73. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 41.

(*g*) d. Ord. Imper. von Notarien. alleg. §. Und nachdem. 3. verb. Zu dem die Zeugen darzu genommen, deren aller Nahmen und Zunahmen klärlich beschrieben ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 40.

(*h*) d. Ord. Imper. c. I. verb. Und zulezt das Signet und Unterschrifft der Notarien ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 41. Et quidem requiritur regulariter Signum Notariatus, nec sufficit proprium Notarii Signum, quo

alias

alias in negotiis privatis uti consuevit. d. Ord. Imper. §. die Notarien sollen auch. 16. verb. Noch auch sein gewohnl. Signet ohne Gewalt des Richters aus redlichen Ursachen verwandeln, ändern, oder mit eines andern Zeichen sein Instrument zeichnen solle ꝛc. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 41.

§. 164.

Hæc requisita una cum illis, quorum supra (§. 158.), cum de Protocollis Notariorum ageremus, mentio facta fuit, requiruntur singula ad constituendum Instrumentum solenne (§. 162.), ita, ut, vel uno deficiente, Instrumentum non amplius habeatur pro documento publico, sed non aliter probet, quam Instrumentum privatum, id quod (dict. §. 162.) demonstratum fuit. Et quidem notandum est, licet in Protocollo Notariali quædam requisita præsumantur, quorum forte mentio in ipso Protocollo haud facta est, hoc tamen secus sese habere in Instrumento publico, & quidem ideo, quia in Instrumento publico, tanquam extenso, requisita tam probationis, quam solennitatis gratia desiderantur, adeoque, si vel unius in Instrumento mentio facta non sit, deficit solennitas & forma Instrumenti, adeoque Instrumentum vim Documenti publici haud consequitur; Contra vero in Protocollo magis ad substantialia causæ respicitur, & ad illa potissimum attendendum est, quæ plus ad finem probationis, veritatem scilicet, conferunt (*a*). Hinc licet v. gr. præcise opus haud sit, ut in Protocollo mentio injiciatur rogationis Notarii; item prælectionis, sed hæc requisita præsumi possint; imo licet aliquando in Protocollo sufficiat, si unum vel alterum requisitum aliunde probari possit, v. gr. testes esse adhibitos, Protocollum a Notario esse scriptum, nec præcise & absolute necessarium sit, ut in ipso Protocollo nomen Notarii vel testium sit expressum (§. 159. not. *a*. & *b*. & §. 160.); nihilominus hæc omnia præcise in Instrumento debent esse expressa (*b*), alias Instrumentum, tanquam Documentum publicum, haud probat, sed fit privatum, & in hac qualitate majorem vel minorem gradum probabilitatis efficit, quo magis vel minus de veritate facti Judici ex illo constat.

Nec heic talia requisita præsumuntur, sicut in Protocollis Notariorum.

(*a*) Dn. Stryk, in sæpe alleg. Diss. de Jure Protocoll. c. 2. n. 40. 41. & 42.

(*b*) d. Ord. Notar. alleg. §. Und nachdem. 3. verb. und von derselben Bittung und Erforderung Anzeigung gethan ꝛc. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fide instrum. §. 34. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 44. n. 266. & Cons. nov. 72. n. 26.

§. 165.

Solennitates hæ externæ, licet omissæ, semper tamen gradum probabilitatis semiplena probatione majorem relinquunt.

Cum hæc requisita (§. 163.) recensita & Protocollorum requisitis superaddita saltim loco formæ externæ in Instrumentis desiderentur, nec proprie & directe ad eruendam veritatem faciant, facile patet, facti veritati hæc non tantum derogare, quantum illi derogant requisita supra (§. 159., & 161.) tradita, *adeoque, hæc ibidem dicta, si deficiant, in ordine ibi exhibito, veritati modo magis, modo minus derogare: si vero præsto sint, semper gradum probabilitatis esse semiplena probatione majorem* (§. 161.) licet omnes hæ solennitates externæ deficiant, gradum autem probabilitatis augeri eo magis, quo plures præsto sunt harum solennitatum externarum, & quandoque proxime accedere ad plenam probationem. Major tamen tali scripturæ accedit probabilitatis gradus, si additum sit tempus speciale, item locus (§. 163. n. VI.), quia quædam circumstantiæ concomitantes magis determinantur (§. 100.), quam si reliquæ ibidem recensitæ solennitates externæ observatæ sint, quæ ad ipsam facti veritatem nihil fere conferunt. Hinc & vix operæ pretium erit, de gradu probabilitatis, quem singulæ tali scripturæ conciliant, admodum esse solicitum. Imo, si Instrumentum omnia reliqua requisita habeat, Imum illud (§. 163.) traditum, quod scilicet inscriptum debeat esse membranæ, non papyro, plane non obstat, quo minus instrumentum adhuc pro publico & plene probante habeatur, etiam in ipsa Camera, (extra Cameram enim hoc non requiritur,) quia scilicet hic defectus semper suppleri potest & debet, & hinc injungitur Partibus, ut illud inscribi curent pergameno (*a*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fid. instrum. §. 35.

§. 166.

Pergitur ad catastra; hæc sunt vel Steuer-Bücher, vel Läger- oder Zinß-Bücher.

Ad Instrumenta publica ratione causæ efficientis, quæ scilicet auctoritate & jussu Magistratus conficiuntur, inprimis etiam referuntur Catastra sive Libri censuales; cum enim definitio instrumentorum publicorum illis conveniat, (§. 154.) illa etiam hisce accensenda & cum his tractanda esse facile patet (*a*). *Catastri* vocabulum generale est, & pro materiæ substratæ diversitate diversimode accipitur; *in genere* autem *denotat instrumentum publicum, in quo sive Tributa & Collectæ, cum designatione facultatum singulorum Civium & Contribuentium, sive Census perpetui, jura,* ser-

servitutes, &c. cuique designatorum vel & fundo adhærentia, inveniuntur descripta (b). Unde patet, Catastra vel continere Consignationem facultatum Contribuentium, cum earum æstimatione & distributione collectarum, quo casu dicuntur Steuer-Bücher, Steuer-Register, Saal-Bücher, ꝛc. (*c*) vel continere descriptionem jurium & servitutum, cuique designatorum vel certis fundis inhærentium, quo casu dicuntur Läger-Bücher, Zinß-Bücher, ꝛc. (*d*) de utroque specialiter agemus.

(*a*) Catastra Instrumentis publicis accensenda esse probant & Roos, sive, sub cujus præsidio Disputatio habita fuit, Joh. Volckmar Bechmann, Diss. Jenæ 1680. habit. de Æstimis, von Steuer- und Anlags-Registern, th. 3. & 9. Struve, in Syntagm. Jur. Civil. Exerc. 28. n. 28. Frid. Wilh. Lyser, in Disp. de Revisione Catastri, c. 1. §. 5. 6. c. 2. §. 3. & c. 7. §. 2.

(*b*) Joh. Christoph. Freyesleben, Disp. Erford. 1680. habit. & Lips. 1745. recus. de Libris censualibus ac judicialibus, von Erb- und Gerichts-Büchern, th. 5.

(*c*) Bechmann, cit. loc. th. 2. Freyesleben, d. Disp. th. 4. Wehner, Obs. pract. voc. Saalbuch. Lyser, cit. Diss. c. 1. §. 3. J. Prov. Würtc. P. 1. tit. 34. rubr. Rhodel, Urbar- Zinß- Steuer- Rechen- Stadt- und Dorf-Bücher.

(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 4. n. 174. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 311. pr. & Practici passim.

§. 167.

Catastrorum, sensu priori acceptorum, sive derer Steuer-Bücher, Requisita sequentia potissimum a DD. traduntur: I. ut *conficiantur auctoritate publica* (*a*), a personis, quibus id negotii specialiter demandatum est, iisque *juratis* (*b*); II. *præsentibus duobus vel tribus testibus* (*c*); III. *citatis omnibus, quorum interest* (*d*), IV. *ut omnes præstito juramento profiteantur facultates suas* (*e*); V. *hæ describantur, & proportionetenus onera distribuantur* (*f*); VI. *facta descriptione denuo prælegantur* (*g*); VII. *ut subsequatur reiterata confessio, ad minimum illi, quorum interest, non contradicant cum aliqua specie* (*h*); VIII. *accedat Commissarii vel Notarii & testium subscriptio & sigillatio* (*i*); & denique, IX. si de uno vel altero requisito non constet ex Instrumento desuper confecto, wann keine Urkund dabey befindlich, *ut roboratum sit juramento Notarii & testium* (*k*). Requisita derer Steuer-Bücher.

(*a*) B. D. Lauterbach, in Consſ. Tub. vol. 1. Cons. 10. n. 30 - 32. Mevius, P. 4. Dec. 34. n. 3. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. Nov. 4. n. 175. Bechmann, d. Disp. de Æstimis, th. 11. & 19. Freyesleben, in d. Disp. de Libris cen-

censualibus & judicialib. th. 10. Lyser, Disp. de Revis. Catastr. c. 1. §. 5. Demandari solet hoc negotium plerumque certis Commissariis, singulari juramento adstrictis, qui, si antiquum Catastrum saltem renovent, dicuntur Renovatores.

(b) Huic officio sæpe admoveri solent Notarii Publici, vel & præter Commissarium adhibetur Notarius, ut Instrumentum desuper conficiat, pro consuetudine cujusque loci. Harpprecht, d. Cons. nov. 4. n. 175. & Freyesleben, d. l. th. 10.

(c) Harpprecht, Cons. nov. 4. d. n. 175. Freyesleben, d. l. th. 10. & communiter testium loco adhibentur Syndici & defensores civitatum & pagorum, vel & Scabini, & quidem ideo, quia hi optime sciunt cujusque facultates & personarum conditionem. Lyser, d. Disp. c. 5. §. 2.

(d) D. Lauterbach, in Conss. Tub. dict. vol. 1. cons. 10. n. 30. seqq. Mevius, P. 4. Dec. 34. n. 3. Harpprecht, d. Cons. nov. 4. n. 175. Bechmann, d. Disp. th. 41. Freyesleben, d. Disp. th. 7. Lyser, c. l. c. 5. §. 2.

(e) Freyesleben, d. l. th. 10. Lyser, cit. Disp. c. 5. §. 2.

(f) Mevius, d. l. Bechmann, l. c. th. 44. Freyesleben, c. l. Lyser, dict. Disp. c. 5. §. 4.

(g) D. Lauterbach, Conss. Tub. vol. 1. cons. 28. n. 10. seqq. & DD. Grass, ib. vol. 5. cons. 60. n. 19. Festasius, in Tr. de Æstimis, c. 2. Bechmann, d. Disp. th. 41. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. dict. loc. Freyesleben, dict. loc. th. 10.

(h) Berlich, Dec. 283. n. 1 - 17. Harpprecht, Cons. nov. d. l. Freyesleben, d. l. th. 10.

(i) Harpprecht, Cons. nov. 4. d. n. 175. Freyesleben, d. Disp. th. 10.

(k) Harpprecht, sæpe cit. loc. & Freyesleben, dict. loc.

§. 168.

Quid, si a persona privata condita sint?

Præmissis hisce, singula jam requisita specialiter considerabimus, expensuri, quantus catastro, remoto uno vel altero requisito, gradus probabilitatis remaneat, vel an veritati aliquid, an vero nihil derogetur? Ponamus jam, deficere primum Requisitum, scilicet *Instrumentum tale a persona non publica auctoritate ad conficiendum catastrum constituta, sed privata auctoritate conscriptum reperiri*, de cetero autem omnia requisita catastri habere (§. 167.) recensita, quæritur: An & quantum forte probet? Cum publica hoc casu deficiat authoritas & publica persona, sine qua publicum Instrumentum confici nequit, statim patet, ad minimum talem scripturam pro Instrumento publico haberi non posse, sed, si aliquid probat, non tanquam catastrum, sed tanquam aliam quamcunqune scripturam privatam probare. Quodsi igitur

tur hoc casu de gradu probabilitatis, quem talis scriptura producit, determinando quæstio sit, diversi distinguendi sunt casus: *Aut* enim *de reliquis Requisitis supra* (§. 167.) firmatis, v. gr. de professione facultatum spontanea eademque jurata, de prælectione hujus scripturæ, & ratificatione &c. *aliunde, e. gr. per testes, subscriptionem partium &c. constat, aut non; priori casu* facile intelligitur, *talem scripturam contra consentientes & ratificantes, sicuti aliam scripturam privatam, plene probare inter illos, qui sponte talem scripturam confici, & sese tali Instrumento inseri passi sunt*, quia tum respici potest tanquam conventio quædam inter illos, quibus consentientibus hujusmodi scriptura confecta est; sicuti de confessione extrajudiciali ab adversario in continenti acceptata constat (§. 120.); quibus adeoque & Jus quoddam reciprocum inde acquiritur (*a*); Secus, si alius tertius forte vel & ipse Magistratus ex tali privata Matricula aliquid probare velit; quia enim hi non respici possunt ut contrahentes, majorem etiam probabilitatis gradum talis scriptura intuitu tertii cujusdam non consequetur, quam ut habeatur pro confessione extrajudiciali, eademque a parte adversa non acceptata, *adeoque semiplene probet* (§. 121.). Et tantum de priori casu, si scilicet de catastri requisitis aliunde constet; Jam vero *casu posteriori*, si scilicet de catastri requisitis, v. gr. consensu partium &c., non aliunde, nisi ex sola tali scriptura privata, constet, *major etiam illi fides haberi non poterit, quam testimonio testis unius, vel, si testes subscripserint, plurium testium, sed injuratorum, adeoque semiplena probatione longe inferiorem consequetur gradum probabilitatis* (§. 135.), nisi aliæ forte accedant circumstantiæ adminiculantes, v. gr. antiquitas scripturæ, sive confirmatio Magistratus, sive repositio in Archivo publico &c. (*b*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de confess. §. 23. Confessio enim præsente & acceptante adversario facta cadit in promissum.

(*b*) Sed quid, si tale Catastrum a persona quidem publica auctoritate constituta, & de cetero adhibitis omnibus solennitatibus & observatis requisitis Catastri confectum sit, persona autem illa juramento non sit adstricta? wann z. Ex. der Commissarius oder Renovator nicht beeydiget worden? & resp. Aut de juramento saltem dubitatur, quia forte ejus in Catastro nulla fit mentio, aut certo constat, talem Commissarium juramentum haud præstitisse; casu priori præsumendum erit, Commissarium juramento esse adstrictum, quia communiter omnes, qui tale munus suscipiunt, juramento adstringi solent; Casu posteriori nihilominus, meo judicio, tale Catastrum plene probabit; ratio hæc est, quia Summus Imperans, qui tale negotium injurato commisit,

eo ipſo illi juramentum remiſiſſe cenſendus eſt; quod eo facilius fieri poteſt, quia adhibitio teſtium & conſenſus partium, imo quandoque earum ſubſcriptio, heic omnem fraudis excludunt ſuſpicionem. Secus res ſeſe habebit, ſi forte ex oblivione omiſſum ſit tale juramentum; tum enim, antequam illud præſtitum ſit, talis Commiſſarius habetur pro perſona privata, quia ſub conditione juramenti præſtandi demum conſtitutus eſt, adeoque, *ſi de veritate contentorum non aliunde conſtet*, non plus operabitur talis ſcriptura, quam teſtimonium teſtis injurati, niſi forte teſtes jurati fuerint adhibiti, tum enim præſto erit vel plena vel ſemiplena (§. 121.) probatio.

§. 169.

Quid, ſi teſtes non ſint adhibiti?

Ponamus porro, abeſſe IIdum Cataſtri Requiſitum, teſtes ſcilicet non eſſe adhibitos; & ſcriptura iterum tanquam Inſtrumentum publicum & Cataſtrum proprie tale haud probabit; Commiſſario enim ſoli abſque teſtibus, ſicuti & Notario, non creditur plene. Et ſicuti Notarius abſque teſtibus Inſtrumentum publicum haud conficit (*a*): ita nec talis Commiſſarius Cataſtrum abſque teſtibus conficere poteſt, ſed hujusmodi ſcriptura, ſi nimirum non in publico Archivo aſſervetur, habebitur ſaltem pro ſcriptura privata. *Gradus igitur probabilitatis, ex tali ſcriptura reſultans, prope accedet ad ſemiplenam probationem*, quia ſcilicet reſpici poteſt tanquam teſtimonium ſcriptum juratum, *vel quandoque dimidium ſaltem ſemiplenæ probationis efficiet, ſi quæſtio ſit de partium confeſſione extrajudiciali* (§. 121.) *probanda*. Quodſi vero a partibus, & illis, quorum intereſt, ſubſcripta ſit, contra illos plene probabit, ſicuti alia ſcriptura privata contra ſcribentem plenam fidem meretur, modo ſit recognita (*b*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de fid. inſtrum. §. 40.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 3. n. 15. & Cons. 4. n. 260. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de fide inſtrum. §. 53.

§. 170.

Quid, ſi partes non ſint citatæ?

Tertium Requiſitum eſt Citatio ſingulorum Intereſſentium, quæ Citatio adeo neceſſaria eſt, ut illa omiſſa totus actus nullus ſit, nec quicquam contra non citatum ex tali cataſtro inferri poſſit (*a*); modo ex poſt ratificatio non ſit ſubſecuta, quo caſu omnino citationis ratio palmaria cadit. Aut igitur ratificatio partium earundemque profeſſio facultatum nihilominus ſubſecuta eſt, aut non; ſi prius; nihil plane officit omiſſio citationis, ſed tale cataſtrum nihilominus etiam tanquam Inſtrumentum publicum (*b*) plene probabit; ſi poſterius, contra non citatum plane nihil probabit, adeoque neutro caſu de probabilitate quadam juridica ſermo eſſe poteſt.

(*a*) B. Dn.

(a) B.Dn.D.Harppr. Conſ. nov. 4. n. 175. & Bechmann, in d. Diſſ. de Æſtimis, th. 41.
(b) Omnia enim Inſtrumenti publici Requiſita eſſentialia præſto ſunt, Perſona ſcilicet publica, & teſtium præſentia.

§. 171.

Quartum Cataſtri Requiſitum in eo ponitur, ut citati jurato facultates ſuas profiteantur, & quidem tanquam collectis ſubjectas. Qui enim ſponte ſe ſuasque facultates Cataſtro inſeri patitur, eo ipſo quaſi contrahere videtur de ſolvendis collectis, & tacite renunciat immunitati ſuæ (a). Ponamus jam, talem facultates ſuas plane non eſſe profeſſum, ſed potius contradixiſſe; ex tali Cataſtro plane nihil contra illum inferri poterit. Ponamus, illum facultates ſuas quidem profeſſum eſſe, ſed non ut oneri collectandi ſubjectas; iterum ratione obligationis collectas ſolvendi nihil inde contra illum probari poterit (b), & quidem per regulam univerſalem: Quod inſtrumentum non cantat, nec noſtrum eſt cantare (c). Manet igitur in ceteris ſalvum Cataſtrum; quoad illa vero, quæ non expreſſa ſunt, nihil probabit, nullus itaque inde orietur gradus probabilitatis. Eadem fere ratio eſt Requiſiti quinti; quod ſcilicet facta æſtimatione onera ſint diſtribuenda. Quodſi enim Cataſtrum de oneribus & obligatione ſolvendi collectas ſileat, nihil plane inde contra illum, qui immunitatem ſibi arrogat, poterit probari; ſecus res ſeſe habet, ſi Cataſtrum expreſſe obligationis hujus mentionem faciat, ſed quantitatem & proportionem non exprimat; hic enim defectus inſtituto calculo & habita proportionis ratione facile ſuppleri poterit; nec heic igitur aliquis erit probabilitatis gradus. Quid, ſi partes facultates ſuas non ſint profeſſæ?

(a) Mevius P. 4. Dec. 179. n. 1. Bechmann, in d. Diſp. de Æſtimis, th. 45.
(b) Mevius, d. l. P. 4. Dec. 179. n. 11. Bechmann, d. l. th. 45.
(c) L. 21. C. de Probat. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fid. inſtrum. §. 55. Magnif. Dn. D. Schœpf, Dec. 350. n. 16.

§. 172.

Sextum & ſeptimum Requiſitum, Prælectio ſcilicet & ſubſecuta Ratificatio, iterum ita ſunt comparata, ut nullum conſtituant probabilitatis gradum. Aut enim quis ſponte facultates ſuas tanquam oneri collectarum ſubjectas profeſſus eſt; & non opus erit prælectione & reiterata ratificatione, ita ſcilicet, ut hac omiſſa Probationi Cataſtri aliquid derogetur. Quodſi enim partes in obligationem Collectas ſolvendi conſenſerunt, ſtatim obligantur (a), nec præciſe opus eſt reiterata ratificatione; licet Quid, ſi Cataſtrum non prælectum, vel ab iis, quorum intereſt, non ratihabitum ſit?

melius agant Commissarii, si nec hæc requisita negligant, ut scilicet eo certiores sint, se mentem profitentium rite cepisse. Aut partes non sponte professæ sunt facultates suas tanquam onere Collectarum affectas; & omnino, nisi ex post Prælectio & consensus accesserit, plane nihil probabit Catastrum (§. 171.). Neutro igitur casu præsto erit gradus quidam probabilitatis.

(*a*) Bechmann, d. Disp. de Æstimis, th. 41. verb. Qui nec citati, nec postea descriptioni nihilominus factæ consensum suum adhibuere &c.

§. 173.

Quid, si Commissarius non subscripserit vel subsignaverit?

Sequitur octavum Catastri Requisitum, Subscriptio scilicet & Subsignatio Commissarii vel Notarii & Testium. Ratio, cur hæc subscriptio desideretur, absque dubio hæc est, ut constet, a quonam tale Catastrum confectum sit, & an Testes, qui pro forma requiruntur, adhibiti sint, nec ne? adeoque an omnia legitime observata sint? Cum enim facile constare non possit, an Notarius vel Commissarius una cum testibus tale Catastrum conscripserit, nisi ex eorum subscriptione? eatenus sane adeo necessarium est hoc Requisitum, ut, illo omisso, Catastrum non amplius sit Catastrum, & amittat vim & efficaciam Instrumenti publici. Imo, cum hoc casu nequidem respici possit tanquam testimonium privatum injuratum, quia scilicet de ejus Authore non constat, plane nihil probabit talis scriptura, nisi forte accedant alia adminicula, v. gr. Antiquitas vel repositio in Archivo publico &c. Nec hoc igitur casu sermo esse poterit de probabilitate quadam juridica. Quodsi vero aliunde constet de ejus Authore, & quod a Notario in præsentia testium conscriptum sit, quod tamen vix ac ne vix quidem accidere solet; omnino, meo quidem judicio, plene probabit, licet subscriptio & subsignatio subsecutæ haud sint; Ratio enim tunc hujus Requisiti plane cessat; nec tum igitur inde orietur gradus quidam probabilitatis.

§. 174.

Quid, si testes non sint juramento adstricti?

Nonum deniq; catastri requisitum est, ut non solum Notarius vel Comissarius (§. 168. not. *b*.), sed & *testes* juramento sint adstricti, omnia ita, nec aliter, coram se gesta esse, quæcunque in Catastro continentur. Heic tamen distinguendum est, an Notarius Instrumentum super tali Catastro confecerit, nec ne? Priori casu regulariter non opus est testibus juratis (*a*); sicut & Instrumenta Notariorum plene probant, licet testes jurati non sint (*b*); Imo hoc casu nec opus

opus est testium subscriptione (c). Casu posteriori, si scilicet Instrumentum solenne desuper non sit confectum, omnino requiritur non solum subscriptio testium, eorumque subsignatio, verum & eorum juramentum, quamvis semper fere adhiberi soleant jurati testes (d). *Ponamus jam hoc casu posteriori, adhibitos esse testes injuratos*, qualis tum promanabit probabilitatis gradus? Cum forma Catastri deficiat; omnino tanquam instrumentum publicum haud probabit, sed saltem tanquam privatum. *Erit* igitur *gradus probabilitatis major semiplena probatione*. Si enim plane nulli adhibiti fuissent testes, testimonium Notarii vel Comissarii jurati solum constitueret semiplenam probationem. Cum autem heic accedat testimonium adhuc aliorum testium, licet injuratorum; paulo major erit gradus probabilitatis, quam semiplena probatio.

(a) Freyesleben, in dict. Disp. de Libris censualibus ac judicialibus, th. 10.
(b) Ord. Imper. de anno 1512. §. und nachdem. 3. B. D. Lauterbach, in Colleg. Theor. Pract. tit. de fid. instr. §. 40.
(c) Ord. Imper. de anno 1712. dict. loc. Nov. 47. cap. 1. Nov. 73. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 41.
(d) Quæritur, si reperiatur Catastrum subscriptum a testibus tanquam juratis, an sufficiat, testes se ita subscripsisse, an vero aliunde, non per illorum propriam manum, constare debeat de juramento ab illis præstito? resp. si Catastrum reliqua requisita essentialia habeat, præsertim Requisita I. II. VI. & VII. ita, ut haberi possit pro Instrumento publico, sufficit ex ipso Catastro de testium juramento constare; Instrumenti enim publici effectus est, ut omnia ibi contenta pro plenissime probatis habeantur. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de fid. instrum. §. 45. Sin minus illa requisita habeat, neque adeoque pro Catastro & Instrumento publico haberi possit; omnino non sufficit hujusmodi privata annotatio; de hac enim circumstantia, an testes sint jurati, nec ne? nonnisi ex illorum testimonio scripto injurato, eodemque privato, constat, adeoque admodum levis est conjectura.

§. 175.

Investigatur, quonam Requisito omisso major, quonam minor prodeat probabilitatis gradus?

Ex antecedentibus igitur intelligitur, saltem deficiente requisito primo, (§. 168.) secundo (§. 169.), & nono (§. 174.) sermonem esse posse de probabilitate quadam juridica, de cujus gradu insimul locis competentibus jamjam dictum fuit. Quodsi igitur dicti casus inter se conferantur, statim patet, *minima probabilitate sese commendare hujusmodi Matriculam deficiente Requisito primo, si scil. illa a persona privata conscripta sit, nec de Catastri Requisitis aliunde, nisi ex sola subscriptione Auctoris & forte testium quorundam, constet; tum enim gradus probabilitatis pari passu ambulabit cum testimonio*

ſcripto non jurato, *adeoque longe inferior erit ſemiplena probatione* (§. 168.) (*a*). *Major eſt gradus probabilitatis*, *deficiente Requiſito ſecundo*, *ſcilicet*, *ſi teſtes non ſint adhibiti; prope enim tum accedet ad ſemiplenam probationem*, *imo quandoque pro ſemiplena probatione haberi poterit* (§. 169.); *Æqualis vel paululum major eſt gradus probabilitatis*, *ſi adverſarius non conſenſerit ſtatim in principio in talem Matriculam*, *licet a privato confectam; gradus enim probabilitatis cum ſemiplena probatione coincidet* (§. 168.), quia præſto eſt confeſſio extrajudicialis non acceptata. *Iterum major denique ſupererit gradus probabilitatis deficiente Requiſito nono*, *ſi ſcilicet teſtes adhibiti non ſint jurati*, *tum enim gradus probabilitatis ſuperat ſemiplenam probationem* (§. 174.) (*b*).

(*a*) Licet forte teſtes vel & talis auctor privatus matriculæ addiderint, teſtes eſſe juratos; quodſi enim de eorum juramento non aliunde conſtet, hoc teſtimonium privatum injuratum nihil probabit, nec efficiet niſi levem conjecturam, quod ſint juramento adſtricti (§. 174. not. d.).

(*b*) Sed quid, ſi teſtes ſint jurati, & de hoc aliunde conſtet, auctor autem hujusmodi matriculæ ſit privatus, vel Commiſſarius nondum fuerit juratus? Reſp. Diſtinguendum eſt, an talis Commiſſarius publica auctoritate & juſſu Superioris conſcripſerit talem Matriculam, an vero non juſſu Superioris? priori caſu, ſi nimirum committens agat ex tali Matricula, gradus probabilitatis parum aberit a plena probatione; de conſenſu enim eorum, quorum intereſt, per duos teſtes juratos conſtat, & Commiſſarius, licet nondum juratus ſit, committentem repræſentat, & ejus nomine hancce confeſſionem acceptare præſumitur; hæc vero confeſſio, licet extrajudicialis, plene probat, inter illos, qui conſenſerunt (§. 168.); ſecus, ſi alius, non conſentiens in hanc Matriculam, illam pro ſe alleget; tum enim gradus probabilitatis coincidet cum ſemiplena probatione (d. §. 168.). Sic & poſteriori caſu, ſi Princeps ex tali Matricula conſcripta a privato, cui confectio Cataſtri non fuit commiſſa, agat, pro illo, tanquam abſente nec conſentiente, non probabit, niſi ſemiplene ex eadem ratione.

§. 176.

De Cataſtris, Läger-Büchern ſeu Zinß-Büchern.

Secunda Cataſtrorum ſpecies comprehendit illa, in quibus jura, ſervitutes, cenſus &c., continentur, & quæ vocantur Läger-Bücher, Zinß-Bücher (§. 166.), de quorum requiſitis itidem pauciſſimis diſpiciendum eſſet. Quia vero cum prioribus (§. 167.) recenſitis, præter quartum & quintum, eadem ſunt, adeoque ſeptem ibidem notatis requiſitis conſtant (*a*), de quorum gradu probabilitatis ſupra jam ſatis ſuperque actum eſt præſertim (§. 175.), heic idem repetere nolumus, ſed B. L. eo remittimus (*b*).

(*a*) B. Dn.

(a) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 4. n. 175. Freyesleben, d. Disp. de Libris Censual. & Judic. th. 10. Lauterbach, in Conss. Tubing. vol. 1. Cons. 10. n. 30. seqq. vol. 1. cons. 28. n. 10. seqq. Dn. D. Grass, Ibid. vol. 5. cons. 60. n. 19. seqq.

(b) Hoc unicum adhuc notandum est, a Catastris probe secernendos esse libros illos, quos forte privati quidam in pagis vel civitatibus conscripserunt de juribus pagi & consuetudinibus, quales quandoque circumferuntur sub tit: Dorff-Büchlein, des Flecken Herkommen und Gewohnheiten; Hi enim Libri, cum a potissimum privatis, non citatis utplurimum illis, quorum interest, confecti sint, nisi in Archivis publicis asserventur, sunt mera documenta privata, & per se pro scribentibus plane nihil probant, nisi forte antiquitas vel aliæ circumstantiæ aliqualem fidem illis concilient.

§. 177.

Hæ sunt præcipuæ species Instrumentotum publicorum intuitu causæ efficientis talium, quæ frequentissime in foro occurrunt; plures quidem aliæ dantur species (a); de quibus singulis autem ob temporis angustiam agere jam haud licet; ex analogia priorum de his non difficile erit judicium. Pergimus igitur ad alia.

(a) vid. Freyesleben, in d. Disp. de Libris censual. & judic. th. 29. & 30.

§. 178.

Fit transitus ad illa instrumenta publica, quæ mediante confirmatione Magistratus sive sigillatione sive subscriptione talia fiunt.

Secunda species Instrumentorum publicorum continet illa, quæ quidem a privatis conscripta sunt, per confirmationem autem Magistratus expressam, sive mediante subscriptione sive sigillatione sive utraque simul, fiunt publica (a). Alia requirunt confirmationem Magistratus majoris fidei ergo, alia tam ad majorem illis fidem conciliandam, quam solennitatis causa; qualia sunt Instrumenta, in quibus hypothecæ publicæ constituuntur; In his posterioribus cum confirmatio pro forma requiratur, facile patet, illa deficiente, plane omnem corruere effectum talis scripturæ; sic, omissa hac confirmatione, in Instrumento, in quo hypotheca publica constituenda erat, omnis cessat effectus hypothecæ publicæ, & hypotheca manet privata (b); adeoque hoc respectu sermo esse nequit de probabilitate quadam juridica; Secus res sese habet in prioribus, in quibus confirmatio Magistratus requiritur saltem majoris fidei conciliandæ gratia, ubi omisso forte uno vel altero requisito remanet certus gradus probabilitatis, de quo nobis sermo est.

(a) Cap. 2. X. de fide instr. pr. Inst. de emt. vend. L. 8. §. 15. ff. quib. mod. pign. vel hypoth. solv.

(b) Sic

(*b*) Sic aliquando quærebatur, num Instrumentum obligationis a Præfecto loci subscriptum & sigillatum haberi posset pro Instrumento publico, adeoque num hypotheca, hoc modo constituta, reliquis privatis præferenda esset, nec ne? & Resp. quod non; Præfectus enim non est nisi pars judicii, ad constituendam autem hypothecam publicam requiritur, ut desuper coram judicio sedente cognoscatur, daß darüber vor gesessenem Gericht erkannt werde. Erat igitur hypotheca privata, ne minima quidem prælatione munita, licet Præfectus subscripsisset; ubi enim de solennitate observanda quæstio est, illa omissa, totus corruit actus, nec relinquitur ullus effectus, nec itaque de probabilitate quadam juridica heic sermo esse potest.

§. 179.

Horum Requisita.

Requisita hujusmodi instrumenti publici sunt perpauca, requiritur enim Imo, *ut tale Instrumentum a Magistratu*, IIdo, *animo illud confirmandi*, IIItio, *subscriptum vel sigillatum sit* (*a*). Si sigillum tantum appositum sit, requiritur porro ut constet, 1.) cujus sit sigillum, 2.) a quo sit appositum, & 3.) quo fine (*b*)? Hæc requisita si præsto sint, Instrumentum fit publicum, & non solum producit effectum plenæ probationis, verum etiam recognitione non opus habet, nec in illo locum habet jurata diffessio, quæ quippe saltem in Instrumentis privatis admittitur (*c*).

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de fide Instr. §. 7.
(*b*) Lauterbach, d. l. si tamen constet, cujus sit sigillum, reliqua requisita præsumuntur, quod scil. a Magistratu & animo confirmandi appositum sit.
(*c*) Nov. 49. c. 2. Leyser, spec. ad ff. 266. n. 3.

§. 180.

Quid, si non a Magistratu vel toto judicio confirmatio facta sit?

Quodsi jam deficiat primum Requisitum, & tale Instrumentum non a Magistratu, vel ad minimum non a toto judicio (*a*), sed v. gr. saltem a quibusdam ejus membris, confirmatum sit, statim patet, illud publicum non esse; a confirmatione enim Magistratus dependet heic essentia Instrumenti publici; quo itaque remoto, Instrumentum non amplius concipi potest publicum; *ponamus itaque, tale Instrumentum subscriptum esse a privatis*, erit scriptura privata quorundam testium injuratorum testimonio firmata, adeoque *admodum levis erit conjectura inde resultans*, *nisi alia concurrant adminicula*, *vel talis scriptura ab adversario recognita & subscripta*, *vel & producta sit*; *quo casu plene probat*, *sed tanquam scriptura privata*; quodsi tale Instrumentum subscriptum sit a quibusdam saltem membris Magistratus, iterum scriptura erit saltem privata; Magistratum enim hi non constituunt, adeoque hoc casu habentur itidem pro privatis,

nisi

nisi forte a totidem subscriptum sit membris, quot requiruntur ad constituendum judicium, & desuper in judicio deliberatum & cognitum sit. Major tamen forte hoc casu erit gradus probabilitatis, quam si Instrumentum subscriptum sit a mere privatis, quia sunt personæ in officio publico & dignitate quadam constitutæ, quibus omnino paullo major habenda est fides, quam testibus mere privatis; quia tamen testimonium manet injuratum, conjectura nihilominus erit admodum levis, & longe inferior semiplena probatione (*b*).

(*a*) Sed quid, an Judex requiritur competens, an & sufficit, confirmationem factam esse a Judice incompetente? & diversam esse arbitror responsionem pro diversitate ipsorum negotiorum, quæ vel coram competente, vel incompetente Judice fieri possunt, & vel voluntariæ vel contentiosæ sunt jurisdictionis. Sic v. gr. testamenta judicialia coram Judice etiam incompetente condi, vel & deponi posse, constat. L. 19. C. de Testam. B. D. Lauterbach, in Disp. de Testam. Jud. th. 18. & 19. Contra vero Instrumenta, v. gr. super contractibus confecta, a Judice ordinario confirmari oportet, si publica fieri debeant. Sic in specie in alienationibus bonorum immobilium de Jure Wurt. necessario contractus Judici competenti, rei sitæ scilicet, insinuandi, & a Judice confirmandi sunt. Jus Prov. Wurt. P. II. tit. 13. §. wir wollen, setzen und ordnen ꝛc. fol. 279. seq. verb. vor unsern Gerichten, unter welchen die Güther gelegen seynd.

(*b*) Analogiam quandam cum hisce Instrumentis publicis habent copiæ vidimatæ, quæ quippe itidem per subscriptionem personæ publicæ quandoque effectum plenæ probationis obtinent, modo ab Actuario judicii ordinario vidimatæ sint. Rec. Imp. de anno 1654. §. 34. add. Jus Prov. Wurt. P. I. tit. 34. rubr. besiegelte Brief oder Transsumta &c. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 55. n. 30. Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß. sect. 16. §. 381. Sed hæc vidimatio, ut, ita loquar, saltem probat convenientiam Copiæ cum Originali, nec adeoque majorem vim habere potest, quam ipsum Originale; quodsi itaque hoc sit Instrumentum saltem privatum, nec illud aliter, quam tanquam Instrumentum privatum, probare potest. Dn. Estor, c. l. §. 382. Instrumenta a Notariis vidimata tantum non probant, quantum vidimata ab Actuariis ordinariis, sed operantur saltem conjecturam, Dn. Estor, c. l. §. 381. n. 1. & plerumque DD. his adscribunt vim semiplenæ probationis. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 93. n. 189.

§. 181.

Quid, si tale Instrumentum a Magistratu subscriptum sit, absque animo ratihabendi?

Ponamus porro, deficere secundum Requisitum, Instrumentum scilicet tale a Magistratu quidem subscriptum vel subsignatum esse, sed absque animo illud ratihabendi vel confirmandi, ex alia forte causa, vel & ex errore; nec hoc igitur casu præsto erit gradus quidam probabilitatis; essentia enim hujus confirmationis, sicuti omnium entium Moralium, consistit in consensu,

quo deficiente, deficit ipſum negotium, ipſaque confirmatio, & quidem in totum, ita, ut non ſolum inſtrumentum tale plane pro publico haberi nequeat, quippe a Magiſtratu non confirmatum, ſed etiam, niſi aliæ concurrant circumſtantiæ, v. gr. adverſarius illud agnoverit vel eidem ſubſcripſerit, non probet tanquam ſcriptura privata, quia ſcilicet ſubſcribentes, ob defectum conſenſus, nihil roboris hujusmodi ſcripturæ addiderunt. Eadem ratio eſt ſi deficiat Requiſitum tertium, ſi ſcilicet tale Inſtrumentum a Magiſtratu non ſubſcriptum vel ſigillatum ſit; eſſentia enim Inſtrumenti conſiſtit in ſcriptura, & Inſtrumenti publici per confirmationem talis in ſubſcriptione vel ſigillatione; quibus itaque deficientibus, inſtrumentum non eſt publicum, ſed privatum (*a*); neque tanquam privatum hoc caſu quicquam probare poteſt, niſi aliæ concurrant circumſtantiæ, v. gr. ſubſcriptio & recognitio adverſarii &c. quia ſcriptura privata pro ſcribente regulariter nihil probat (*b*). Nec hoc igitur caſu ſermo eſſe poteſt de probabilitate quadam juridica.

(*a*) Sed cur tale Inſtrumentum nihil probet, ſi ſcil. a Magiſtratu confirmatum ſit, licet præciſe ſubſcriptum vel ſubſignatum non ſit? Nonne ſubſcriptio eſt ſaltem ſignum confirmationis? an igitur confirmatio, ſi de ea aliunde, quam ex ſubſcriptione vel ſignatione, conſtet, nihil operabitur? Reſp. operabitur ſane hoc, ut actus, de quo quæritur, cenſeatur coram Magiſtratu geſtus eſſe, & ita, tanquam talis, effectus ſuos nanciſcatur; ipſa autem ſciptura non erit Inſtrumentum publicum; aliud enim eſt, actum, qui in Inſtrumento continetur, nihilominus effectus ſuos producere, aliud eſt, hoc ex tali ſcriptura probari; nobis enim ſermo eſt de caſu, an hoc Inſtrumentum, qua tale, effectus probationis producat, & an ex illo probari poſſit, quod actus a Magiſtratu confirmatus ſit? quod ſane fieri nequit, niſi Magiſtratus illi ſubſcripſerit vel ſubſignaverit? Sic, v. gr. ſi hypotheca publica coram Magiſtratu conſtituta ſit, illa nihilominus eſt hypotheca publica, & omnes illius effectus producit, licet Magiſtratus Inſtrumentum obligationis non ſubſcripſerit nec ſubſignaverit, ſed tum confirmatio Magiſtratus ex hoc Inſtrumento obligationis, qua tali, probari nequit, adeoque hoc per ſe nullum plane producit probationis effectum.

(*b*) L. 5. L. 7. C. de probat. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de fid. inſtrum. §. 20.

§. 182.

Fit progreſſus ad illa, quæ per repoſitionem & aſſervationem in Archivo fiunt publica.

Sequitur denique tertia ſpecies Inſtrumentorum publicorum, illorum ſcilicet, quæ per repoſitionem & aſſervationem in Archivo publico fiunt publica (§. 154.); Archivum nobis dicitur locus publicus, non ſuſpectus, in quo is, qui ſuperioritate territoriali gaudet, reponit & aſſervat documenta & ſcripturas, quæ ali-

aliquando usui esse possunt. Vocatur & quandoque Cantzley, item Registratur oder Hof-Registratur (*a*); quamvis vox Registratura hodie magis pro privatis chartophylaciis civitatum municipalium accipiatur, & tum germanice exprimi potest Schreib-Stuben, Stadt-Registratur ꝛc. (*b*).

(*a*) Wehner, Obs. Pract. verbo: Registratur, Hof-Registratur. Ahasv. Fritsch, Tract. de Jure Archivi & Cancellariæ, c. 1. n. 13.

(*b*) Ahasv. Fritsch, d. Tract. c. 3. n. 24. Wehner, d. l.

§. 183.

Talis Archivi effectus est, ut scripturæ quæcunque, sive per se publicæ, sive privatæ, ibidem asservatæ publicæ fiant (*a*), & absque recognitione adversarii probent, & per consequentiam diffessionem juratam respuant (*b*). Imo tales scripturæ ex Archivo petitæ non solum inter subditos illius territorii probant, sed & contra tertios non subjectos, imo & pro Principe, ex cujus Archivo desumtæ sunt (*c*); Imo & Copiæ, si sint antiquæ, ex Archivo productæ, plene probant (*d*). Hæc omnes effectus Instrumentorum publicorum habent.

(*a*) Nov. 49. c. 2. Avth. ad hæc. C. de fide Instr. Schilter, Inst. Jur. Publ. lib. 4. tit. 6. §. 3. Dn. Leyser, spec. ad ff. 266. n. 2. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de fid. instrum §. 8. qui hoc jus Archivi etiam ad Monasteria & Ecclesias extendit, quod tamen de Monasterio, qua tali, nisi insimul immediatum sit, asserere haud ausim. add. Fritsch, cit. Tract. c. 3. n. 30.

(*b*) Dn. Leyser, cit. spec. ad ff. 266. n. 2. & 3.

(*c*) Ahasv. Fritsch, d. Tract. de Jure Archivi & Cancellar. c. 7. n. 55. Dn. Lyncker, in Disp. de Archivo Imper. Jen. 1686. habit. not. p. fol. 35. & ibi alleg. Rutg. Rulandus, in Tract. de Commissar. P. II. lib. 5. c. 45. Knipschild, de Jur. Civit. Imp. L. 2. c. 12. n. 15. seqq. Dissentiunt quidem Leyser, d. spec. ad ff. 266. n. 8. & ibi cit. Coccejus, in Juris publ. prudentia, c. 23. §. 8. Sed non solum scripturas tales, ex Archivo publico prolatas, etiam contra extraneos probare quotidiana fere comprobavit praxis; sic enim non raro Catastra ex Archivo desumta contra Extraneos quoque plene probasse, & ita judicatum esse memini, verum & stante Leyseri sententia nulla differentia foret inter scrinia civitatum municipalium, & Archiva publica; illa enim pariter inter incolas & cives plene probant; imo, stante hac sententia, scripturas extraneos concernentes in Archivo asservare tantum non superfluum esset; posita enim Leyseri ratione, ne præsumtionem quidem efficerent pro producente tales scripturæ ex Archivo prolatæ; quodsi enim Princeps extra territorium plane pro privato habeatur, etiam intuitu juris Archivi, scripturæ ex tali Archivo desumtæ ne præsumtionem quidem constituent, quia scriptura ex privati cujusdam scrinio producta, ex hac sola ratione, plane nihil roboris accipit, quod tamen ipse Leyserus, c. l. asseverare haud audet.

 (*d*) B. D.

(*d*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 8. Carpzov, in Jurisprud. for. P. 1. Const. 17. def. 38. Knipschild, d. Tract. de Jure Civit. Imper. L. 2. c. 12. n. 12. sqq. Myler ab Ehrenbach, de Principibus & Stat. Imp. 47. §. 6. Ahasv. Fritsch, d. Tract. de Jure Archiv. & Cancell. c. 7. n. 47. Dissentit iterum Leyser, d. spec. ad ff. 266. n. 9. cui tamen subscribere haud possumus; si enim scripturæ privatæ per solam repositionem in Archivo publico publicæ fiunt, & plenæ probationis vim nanciscuntur, uti ipse Celeb. Leyser, d. spec. n 2. concedit, nulla ratio est, cur non idem de Copiis dici possit; originalia enim per se absque repositione in Archivo utplurimum plenam fidem habent, licet non eo ipso fiant Instrumenta publica; rarissimus igitur foret casus, in quo Archivum alicujus utilitatis esset. At, inquis, si sola in Archivo repositio sufficit ad conciliandam privatæ scripturæ vim Instrumenti publici, cur non etiam Copiæ recentiores pro publicis habentur Instrumentis, cur enim omnes concedunt, ut Copia talis plene probet, requiri insimul, ut sit antiqua? Resp. non absque ratione diximus in definitione (§. 182.), præter repositionem & requiri asservationem in Archivo, nec ideo solam repositionem in Archivo pro causa venditavimus, cur tales scripturæ publicæ fiant; sed & præterea requisivimus, ut per aliquod tempus, & ad minimum diu ante litem ortam, in illo fuerint asservatæ; recentior enim Copia supponit, originale ipsum adhuc vel superesse, vel ad minimum brevi ante adhuc præsto fuisse; merito igitur falsi suspicionem incurrit, qui, cum probabiliter Originale ipsum producere posset, non producit nisi Copiam; si enim & recens Copia eo ipso probaret, quia in Archivo publico reposita est, statim sub initio hujus vel illius litis Archivo documenta fictitia inseri possent; quo ipso summæ iniquitati locus concederetur; hæc vero suspicio, si copiæ sint antiquæ, corruit.

§. 184.

Requisita Instrumenti ex Archivo depromti.

Ex definitione Archivi, supra (§. 182.) tradita, statim fluunt requisita, quæ desiderantur, si scriptura ex Archivo depromta publica fieri & plene probare debeat. Requiritur enim primo, *ut sit desumta ex loco publico consueto*, in quo tales scripturæ regulariter asservantur, secundo, *ut locus ille constitutus sit ab eo, qui superioritate territoriali gaudet*, qui quippe solus habet jus Archivi (*a*), tertio, *ut per aliquod tempus ibi fuerit asservata*, ad minimum, antequam de lite oritura cogitari potuerat, ibi jamjam reposita fuerit; id quod ex antiquitate scripturæ præsumitur (§. 183. not. *d*.). Hæc si concurrant, scriptura talis habetur pro publica, & plene probat (§. 183.) (*b*).

(*a*) Myler ab Ehrenbach, de Princip. & Stat. Imp. c. 47. Ahasv. Fritsch, d. Tract. de Jure Archivi & Cancell. c. 3. n. 3. 4.

(*b*) Ahasv. Fritsch, d. Tract. c. 7. n. 18. 19. Lyncker, d. Disp. de Archivo Imp. not. p. pag. 36. Celeb Leyser, spec. ad ff. 266. n. 5. sunt quidam, qui plura desiderant Archivi bene constituti requisita, quorum plures allegat Fritsch, d. c. 7. n. 8. seqq. quæ tamen partim sub prioribus comprehenduntur, partim autem plane necessaria non sunt.

§. 185.

§. 185.

Jam & diſpiciendum eſt de probabilitate juridica, quæ ex defectu unius vel alterius requiſitorum modo recenſitorum ſuboriri poteſt. *Tertium Requiſitum* ſi deficiat, h. e. ſi Inſtrumentum, de quo quæritur, demum tempore motæ litis in Archivo reponatur, nec antea jam ibi aſſervatum fuerit, plane nullam, ex hac repoſitione nimirum, conſequitur fidem (§. 183. not. *d.*) (*a*); nec adeoque hoc caſu præſto erit gradus quidam probabilitatis juridicæ. Jam transeamus ad reliqua Requiſita. Ponamus deficere *primum Requiſitum*, ſcilicet ſcripturam talem non deſumtam eſſe ex conſueto Archivi loco, ubi alias hujusmodi ſcripturæ aſſervari ſolent, facile patet, hoc caſu concidere eſſentiam Archivi, & rationem, propter quam hujusmodi ſcripturæ, cæteroquin privatæ, vis Inſtrumenti publici tribuitur; nullus igitur inde promanabit probabilitatis gradus, niſi forte hujusmodi ſcripturis in Palatiis Principum repertis paulo majorem fidem tribuere velimus, quam ſcripturæ plane privatæ & apud privatos repertæ; levis tamen nihilominus erit gradus probabilitatis, ſi præſertim Princeps hujusmodi ſcripturam pro ſe allegare velit. Manet enim ſcriptura privata, &, quæ de illis locum habet, Regula, ſcripturam privatam pro allegante nihil regulariter probare (*b*), & heic non plane ceſſat. Quodſi jam ponamus, deficere *ſecundum Requiſitum*, ſcil. illum, in cujus ſcrinio talis ſcriptura reperta fuit, non habere jus Archivi; diſtinguendum erit inter mere privatos, & communitates & civitates municipales, vel & Monaſteria mediata &c. Priori caſu, cum mere privati nequidem Regiſtraturam privatam habeant, plane nihil probat talis ſcriptura; alias enim nunquam ſine effectu eſſe poſſet ſcriptura privata; *poſteriori caſu conſtituunt præſumtionis gradum tales ſcripturæ, ſi inter privatos agatur, non ſi agatur inter ipſas Communitates, & tum ad minimum ſemiplene* (*c*), *& quandoque plene probant* (*d*).

Comparantur inter ſe gradus probabilitatis.

(*a*) Add. Fritſch, dict. Tract. de Jure Archivi & Cancellar. c. 7. n. 47. Myler ab Ehrenbach, de Princ. & Stat. Imper. c. 47. §. 6.

(*b*) L. 5. L. 7. C. de probat. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de fide inſtr. §. 20.

(*c*) Ahasv. Fritſch, d. Tract. c. 7. n. 64.

(*d*) J. Prov. Wurt. P. 1. tit. 34. rubr. Rhodel, Urbar- Zinß- Steuer- Rechen- Stadt- und Dorf-Bücher. fol. 130. Hoc præſertim locum habet, ſi antiquitas Documentorum concurrat, quippe quæ quandoque ſola ſcripturæ privatæ ſemiplenæ probationis vim conciliat. B. Dn. D. Harpprecht, reſp. 86. n. 170.

§. 186.

Fit transitus ad Instrumenta privata.

Absoluta materia de Instrumentis publicis, progredimur jam ad Instrumenta privata, indagaturi, quando hæc probent, & quatenus circa horum probationem suboriri possit probabilitas quædam juridica. *Instrumentum privatum dicimus, quod neque a personis publicis confectum, neque confirmatum est, sive expresse, sive tacite* (§. 154.). Talis scriptura per se, quamdiu non constat, illam ab adversario scriptam vel subscriptam vel ad minimum approbatam esse, contra illum nihil plane probat. Exemplo enim perniciosum est, dicit Imperator Gallienus (*a*), ut ei scripturæ credatur, qua unusquisque sibi annotatione propria debitorem constituit. Ratio igitur hæc est, ne quis falso scripturam pro adversarii manu conscripta venditare possit. Adeoque, *quamdiu non constat, instrumentum tale adversarii manu, vel ad minimum prævio ejus consensu, exaratum esse, nihil probat. Contra vero, quandocunque probari potest, scripturam productam ab altero conscriptam, vel ad minimum illo consentiente ab alio scriptam esse, cessat ratio prohibitionis, & tale instrumentum, etiam privatum, plene probat* (*b*).

(*a*) L. 7. C. de probat. L. 5. C. ibid. Add. B. Dn. D. Harpprecht, resp. 86. n. 74. seqq. & n. 97. Idem, in Cons. nov. 71. n. 117. quod adeo verum est, ut ne fiscus quidem hujusmodi privata annotatione debitorem sibi constituere possit. Harpprecht, Cons. nov. 84. n. 93. Conf. Bardili, in Disp. de Recognitione Instrum. th. 7.

(*b*) Ratio hæc cum itidem cesset in Instrumentis publicis, quæ quippe publica nituntur authoritate (§. 154.), facile intelligitur, cur hæc recognitione opus non habeant. Bardili, d. Disp. de Recognitione Instrum. th. 20. Celeb. Leyser, spec. ad ff. 266. n. 2. 3. Ill. Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proc. sect. 16. §. 403. Jure tamen Saxonico & publica Instrumenta recognoscenda sunt. Bardili, d. Disp. th. 21.

§. 187.

Tribus potissimum modis Avthentia Instrumenti privati probari potest.

Non aliter itaque probat Instrumentum privatum, quam quatenus illud vel adversarii manu scriptum, vel ad minimum illius consensu exaratum esse probari potest (§. 186.). Cum igitur quatuor præsertim dentur probandi modi, per confessionem scilicet, per testes, per Instrumenta, & per juramenta (§. 108.), Omnibus etiam hisce modis probari potest auctor hujusmodi scripturæ, excepto Modo tertio, per Instrumenta scilicet (*a*). *Quodsi enim adversarius fateatur, scripturam hanc vel illam a se vel ad minimum jussu suo conscriptam esse, illam dicitur recognoscere* (*b*).

Quodsi

Quodsi idem per testes probetur, dicitur recognitio per testes, & denique mediante juramento fit hæc probatio in comparatione literarum, quo casu regulariter hæc comparatio suppletur juramento in supplementum (c), vel locum habet juramentum purgatorium, uti in jurata diffessione (d). De singulis casibus brevissimis dispiciendum est, & videndum, quatenus inde resultet probabilitas juridica.

(a) Ratio, cur per Instrumenta regulariter probari nequeat, quod scripturæ ab adversario vel ejus jussu ab alio conscripta sit, in eo posita est, quia eadem facilitate, qua quis Instrumentum privatum propria manu conscribere, & illud pro alterius manu exarato venditare potest, etiam aliud fingere potest Instrumentum, ex quo ejus Auctorem vult probare; nulla igitur ratio est, cur potius huic instrumento credatur, quam alteri. Quodsi tamen Instrumentum publicum, vel aliud privatum, ab adversario agnitum, probet hanc vel illam scripturam ab adversario vel ejus jussu scriptam esse, cessat ratio, & omnino etiam illud pro recognito haberi debet. arg. eor. quæ deducit Bardili, d. Disp. de Recognit. Instrum. th. 27. Engelbrecht, in Disp. de Recognit. Instrum. th. 21.

(b) Bardili, d. Disp. th. 4. Celeb. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß, sect. 16. §. 394. arg. L. 56. ff. de V. S. ibique Gothofredus, in not. 5. Engelbrecht, in d. Disp. th. 3.

(c) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 37. n. 135. seqq. Celeb. Estor, in alleg. Teutsch. R. P. sect. 16. §. 419.

(d) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 75. n. 524. Bardili, d. Disp. th. 14. & 15. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 35. §. Wann die Parthien ꝛc. fol. 132. Dn. Estor, in dem Teutsch. Reichs-Proc. d. l. §. 409. arg. Recess. Imp. noviss. de anno 1654. §. 39.

§. 188.

Primus modus, quo probari potest, aliquem scripturam sua manu exarasse vel scribi curavisse, est Recognitio. Quid sit Recognitio, patet ex (§. anteced. 187.). Est autem Recognitio vel expressa, vel tacita (a). Illa, quæ verbis exprimitur, hæc, quæ ex factis colligitur. Illa iterum fit ab adversario vel sponte, vel prævio jussu Judicis, qui recognitionem vel juratam diffessionem per Interlocutoriam imposuit (b). Hæc, tacita scilicet, vel colligitur ex taciturnitate adversarii, qui nihil contra tale instrumentum excipit (c), vel ex illius spontanea productione; qui enim instrumentum pro se producit, eo ipso contenta illius approbasse censetur, & illud etiam contra se admittere tenetur (d).

Quid sit Recognitio? Est vel expressa, vel tacita.

(a) Bardili, sæpe cit. Disp. de Recognit. Instrum. th. 5.

(b) Arg. L. 4. §. 5. & L. 5. ff. de Edend. Bardili, d. Disp. th. 8.

(c) Mevius, P. 4. Dec. 64. Bardili, d. Disp. th. 23. Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß, sect. 16. §. 396.

(d) B. Dn.

(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, resp. 80. n. 402. resp. 85. n. 502. Idem, Cons. nov. 87. n. 35. Magnif. D. D. Schœpf, Dec. 262. n. 17.

§. 189.

Recognitio modo plene, modo semiplene probat.

Recognitio expressa ab adversario sponte facta in judicio (*a*) plene probat (*b*); Sicut enim confessio judicialis plene probat, ita nec dubitandum est, quin talis recognitio plenæ probationis effectum producat. Quodsi jam Instrumentum ab adversario extra judicium recognitum sit, modo plene, modo semiplene, probabit, pro diversitate scilicet confessionis extrajudicialis; de quo casu supra (§. 121.) jamjam actum fuit.

(*a*) Regulariter enim recognitio in judicio coram Judice competente facienda est. Carpzov, in Jurispr. For. P. 1. Const. 17. Def. 17. n. 1. Berlich, P. 1. concl. 44. n. 4. Bardili, d. Disp. de Recognit. Instrum. th. 8. Dn. Estor, Teutsch. Reichs-Proceß, d. sect. 16. §. 405. Add. Engelbrecht, in Disp. de Recognit. Instr. th. 31.

(*b*) Bardili, in d. Disp. th. 23.

§. 190.

Si Recognitio spontanea non sit, a Judice imponitur; Recensentur tum ejus requisita.

Quodsi vero Instrumentum productum ab adversario recognosci nolit, opus est, ut a Judice, mediante sententia interlocutoria, ejus recognitio, vel jurata diffessio, adversario imponatur. Quo casu sequentia requiruntur: I.) *ut hæc recognitio a Judice imponatur* (*a*): II.) *post Litis Contestationem* (*b*), quo tempore demum omnis probatio perficienda est: & III.) *ut tum in judicio adversarius fateatur, scripturam ab adversario prolatam vel a se, vel ab alio, sed suo jussu conscriptam esse* (*c*); Et quidem, si scriptura vel subscriptio pro propria adversarii manu venditetur, opus est, ut fateatur non solum Instrumentum sua manu conscriptum esse, verum etiam Instrumenti contenta veritati esse consentanea; sin vero scriptura tertii cujusdam manu conscripta esse dicatur, saltem recognoscere debet manum scribentis, si scilicet probabiliter manum scribentis scire possit (*d*). Hoc casu enim scire non tenetur, an tertius ille vera, an falsa scripserit (*e*)?

(*a*) Bardili, in d. Disp. de Recognit. Instrum. th. 8. Estor, im T. R. Proceß, d. sect. 16. §. 405.

(*b*) t. t. X. ut lite non contest. Carpzov, in Jurispr. For. P. 1. Const. 16. Def. 35. Bardili, d. Disp. th. 11.

(*c*) Bardili, d. Disp. th. 28.

(*d*) Carpzov. lib. 3. tit. 8. resp. 79. n. 5. Bardili, d. Disp. th. 25. Estor, im T. R. P. sect. 16. §. 404. not. 1. Sic recognosci debet non solum manus illius, qui

qui pro aliquo subscripsit, Carpzov & Bardili, cit. loc. verum etiam v. gr. manus Tutoris vel Curatoris, Institoris, patris, filii, uxoris &c. arg. L. 8. ff. de administr. tut. vel curat. & L. 1. C. de Instit. act. Estor, in dem Teutsch. Reichs-Proceß, dict. loc. §. 404. not. 3.

(e) Carpzov, lib. 3. tit. 8. resp. 80. n. 10. jung. lib. 3. tit. 8. resp. 79. n. 8. Bardili, in d. Disp. th. 30.

§. 191.

Ex præmissis (§. anteced. 190.) statim intelligitur, deficiente licet uno vel altero Requisitorum ibi enarratorum, nunquam tamen fere præsto esse probabilitatem juridicam. Ponamnus enim deficere *primum Requisitum*, scilicet Recognitionem ab adversario sponte sua, nullo præcedente Judicis Decreto, factam esse, casus erit supra (§. 189.) pertractatus, & quia supponitur heic recognitio in judicio facta, nihilominus plene probabit; nec igitur heic casus est probabilitatis cujusdam juridicæ. Ponamus abesse *secundum Requisitum*, scil. Recognitionem, per errorem forte, adversario ante Litis Contestationem impositam & subsecutam esse; iterum plene probabit talis recognitio, æque ac confessio in jure facta; imo hoc casu statim Executio decerni poterit, si Instrumentum id, quod probandum erat, contineat *(a)*. Nulla siquidem ratio est, cur talis confessio ante Litis Contestationem facta non ejusdem ponderis sit cum illa, quæ ex post facta est; quia finis recognitionis hoc modo æque obtentus fuit, licet Judex eo, quod recognitionem ante Litis Contestationem decrevit, contra processus formalia peccaverit; Judicis enim error heic partibus nocere nequit *(b)*. Nec ex hoc igitur casu resultat probabilitas juridica. Ponamus denique *tertio* deficere agnitionem Instrumenti ipsam; cadit & forma recognitionis *(c)* & finis; nullus igitur iterum promanabit effectus, nulla probabilitas juridica *(d)*.

Quid, si unum vel alterum requisitorum deficiat?

(a) Confessus enim in jure habetur pro judicato, nec tum aliæ sunt Prætoris partes, quam solutionis tempus assignare & exequi. L. 1. L. 6. pr. & §. 2. & ult. ff. L. un. C. de Confess. L. 56. ff. de re jud. L. 21. ff. de judic. L. 71. §. 2. ff. de Leg. 1. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de confess. §. 16.

(b) Arg. eor. quæ ex L. 24. ff. de his, quæ in fraud. credd. Carpzovio in Jurispr. For. P. 1. Const. 16. Def. 3. ibique Esbachio, Mynsingero, Berlichio &c., deducit Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicast. Wurt. vet. Edit. c. 13. §. 5.

(c) Bardili, in d. Disp. de Recognit. Instrum. th. 28. Dn. Estor, im Teutschen Reichs-Proceß, sect. 16. §. 394.

(d) Quæ-

(*d*) Quæritur, quid dicendum fit de cafu, fi quis partem Inftrumenti quidem recognofcat, alteram non? an nihilominus Inftrumentum totum haberi debeat pro recognito? Refp. Diverfi heic diftinguendi funt cafus. Aut enim Inftrumentum in fine ab adverfario fubfcriptum vel figillatum eft, & fubfcriptionem fuam vel figillum recognovit, & tum totum Inftrumentum recognoviffe & approbaffe cenfetur; qui enim Inftrumento nomen fuum fubfcripfit, vel figillum appofuit, omnia ejus contenta videtur approbaffe. L. 26. §. ult. ff. depof. L. 13. C. de N. N. P. L. 26. §. 1. ff. de pignor. L. 39. ff. de pignorat. act. L. 1. §. 4. ff. quod juffu. B. Dn. D. Harpprecht, refp. 12 n. 28. & cons. 95. n. 370. & mult. feqq. Aut Inftrumentum ab adverfario non eft fubfcriptum vel fignatum, fed manu illius fcriptum, adverfarius autem alteram Inftrumenti partem agnovit pro fua manu, alteram non, & videndum eft, an Inftrumentum contineat connexa, quorum alterum absque altero intelligi nequit, nec ne? Priori cafu, altera parte recognita, & altera habetur pro recognita; eo ipfo enim Reus convincitur, quod & alteram partem fcripferit. Add. ea, quæ adftruit B. Dn. D. Harpprecht, in Cons nov. 83. n. 108. ubi elegans de Bironio in Gallia, hoc modo convicto, adfert exemplum; Pofteriori cafu non item; fed locus erit diffeffioni juratæ, vel aliis remediis confuetis, v. gr. Recognitioni per teftes, vel comparationi Literarum, ad reum convincendum, quod & alteram Inftrumenti partem fcripferit, vel fcribi curaverit.

§. 192.

Pergitur ad recognitionem tacitam.

Hactenus de recognitione expreffa; jam & paucis de tacita agendum eft; hæc vel oritur ex eo, fi adverfarius contra talem fcripturam in judicio productam nihil excipiat, vel fi ipfemet fcripturam, ex qua aliquid contra illum infertur, in judicio producat (§. 188.). Priori cafu, ut tacita facta effe cenfeatur recognitio, requiritur 1.) *ut contra fcripturam productam adverfarius nihil exceperit*, & 2.) *ut contra illam in judicio nihil exceperit*, 3.) *ut hoc a producente acceptatum fit* (*a*); nullo horum requifitorum deficiente redundat gradus probabilitatis; ponamus enim, deeffe *Requifitum primum*, fcil. adverfarium excepiffe contra fcripturam prolatam, & nihil probabit talis fcriptura contra eum, qui excepit (*b*), nifi formiter fuerit recognita, vel aliis modis veritas fcripturæ probata fit; nullus itaque præfto erit gradus probabilitatis. Ponanus, deficere *fecundum Requifitum*, fcilicet in judicio quidem nihil exceptum effe, fed extrajudicialiter adverfarium tenorem inftrumenti impugnaffe, & nihil operabitur hæc contradictio extrajudicialis; imputet enim fibi adverfarius, qui in judicio contradictionem fuam non repetiit; potius enim fententiam mutaffe, & ex poft Inftrumentum productum approbaffe cenfetur; ficut enim nihil obftat, quo minus inftrumentum probet,

probet, licet ab initio adverſarius illi contradixerit in judicio, modo poſt impoſitam recognoſcendi neceſſitatem illud recognoverit, quia hoc caſu ex poſt demum recognoſcens bonam fidem agnoviſſe cenſetur (§. 190.): ita & multo minus tacitæ in judicio factæ recognitioni nocebit antecedens proteſtatio & contradictio extrajudicialis. Semper enim poſterior voluntas potior eſt priori (*c*). Ponamus denique, *tertium* deficere *Requiſitum*, ſcil. tacitam hanc recognitionem ab adverſario producente non fuiſſe acceptatam, & is, qui non contradixit, ſemper adhuc contradicere poteſt; quo caſu nulla præſto eſſe cenſetur recognitio, nec gradus quidam probabilitatis inde reſultat, niſi alter ſeſe inſimul in illo Inſtrumento fundaverit; tum enim ex alia ratione illud tacite approbaſſe cenſetur; Sin vero alter plane nunquam per totum proceſſum contradixerit, itidem cenſebitur tacite Inſtrumentum approbaſſe, & ideo plene probabit (*d*); nullo igitur caſu promanabit gradus quidam probabilitatis juridicæ.

(*a*) Bardili, in d. Diſp. de Recognit. Inſtrum. th. 23.
(*b*) Bardili, d. Diſp. th. 7.
(*c*) B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 12. n. 306.
(*d*) Bardili, d. Diſp. th. 23. n. 8. verb. tunc, *parte opponente*, nihilominus eſſet formiter recognoſcenda.

§. 193.

Porro tacite recognitionem fieri diximus, ſi aliquis ipſemet in judicio ſcripturam produxerit; eo ipſo enim illam etiam in paſſibus contrariis approbaſſe cenſetur; æquum enim eſt, vi Edicti, quod quisque juris in alterum ſtatuerit, ut inſtrumentum, quo quis contra ſuum adverſarium utitur, pariter etiam contra ſe valere patiatur (*a*), niſi proteſtatus ſit, ſe illud Inſtrumentum ſaltem in paſſibus proficuis producere velle, contraria autem mediante productione nolle recognoſcere nec approbare; quo caſu, niſi inſtrumentum contineat connexa, quorum alterum ſine altero intelligi nequit, omnino, quoad partes non acceptatas, contra producentem nihil probat inſtrumentum productum (*b*). Quid, ſi inſtrumentum ab adverſario productum ſit?

(*a*) B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 40. n. 55.
(*b*) Idem, in d. Reſp. 40. n. 53. & Cons. nov. 87. n. 35.

§. 194.

Ut igitur tale Inſtrumentum productum contra producentem probet, requiritur, 1.) *ut contineat paſſus producenti contrarios*, 2.) *ut in judicio producatur*, & 3.) *ut absque proteſtatione producatur*; Nullus heic ſeſe exſerere poteſt probabilitatis gradus.

tur; hæc tria ſi concurrant, illud in paſſibus contrariis producentem etiam contra ſe admittere debere ex antecedentibus patet. Quodſi jam removeamus *primum Requiſitum*, h. e. ſi inſtrumentum productum nullos paſſus producenti contrarios contineat, facile patet, quod etiam contra illum nihil probet; nulla igitur inde reſultat probabilitas juridica. Remoto *ſecundo Requiſito*, ſcilicet, ſi tale inſtrumentum non fuerit productum in judicio, neque pro- neque contra illum, qui in eo ſe fundat, quicquam probare poteſt; ſi enim probare debet Inſtrumentum, illud Judici ob oculos poni debet, cui ſcilicet fides facti probandi facienda eſt; finis enim omnis probationis eſt, ut Judex de facto probando certior reddatur (*a*), qui ſi ne in tantum quidem obtineatur, nullus etiam inde promanat gradus probabilitatis (*b*). *Tertio Requiſito* remoto, h. e. ſi inſtrumentum cum proteſtatione, de ſibi non præjudicando, uti vocant, productum ſit, aut Inſtrumentum continet capitula connexa, aut non; caſu priori nihil operatur proteſtatio, & inſtrumentum nihilominus plene probat (§. anteced. 193.); nullus igitur itidem præſto eſt probabilitatis gradus; caſu poſteriori contra producentem etiam plane nihil operari poteſt; nullibi igitur ſeſe exſerit probabilitatis gradus (*c*).

(*a*) L. 12. in fin. ff. de probat. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de probat. §. 30.

(*b*) Sed quid? ſi quis coram privatis quibusdam oſtenderit ſcripturam tanquam ſibi proficuam, annon inde oritur gradus quidam probabilitatis, quaſi illud approbaſſet? Reſp. Ratio, cur producens Inſtrumentum contra ſe admittere teneatur, in eo poſita eſt, quia illo contra adverſarium uti vult, adeoque etiam illud ex æquitate, vi edicti, quod quisque juris &c. contra ſe admittere tenetur (§. 193); quodſi igitur quis in judicio tale Inſtrumentum non produxerit, nec adeoque actualiter illo contra adverſarium uti contenderit, ratio hæc ceſſat; non igitur probat tale Inſtrumentum, niſi quis illud actualiter in judicio produxerit tanquam ſibi proficuum. Ex capite igitur productionis, caſu ſupra dicto, adverſarius ex tali Inſtrumento nihil poterit inferre. Quodſi tamen ipſe hoc Inſtrumentum non habeat, poſitis terminis habilibus, ejus editionem petere, & illud deinde ipſe producere poteſt. add. Dn. Eſtor, in dem Teutſchen Reichs-Proceß, d. ſect. 16 §. 422. & B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de edendo, §. 25. ſqq.

(*c*) Ex hac quæſtione oritur alia, num v. gr. ille, qui inſtrumentum ſibi ab altero edi petit, eo ipſo illud quaſi producens cenſeatur approbare? Reſp. ex ſola petitione editionis nulla adhuc præſumi poteſt approbatio; editio enim petitur proprie ſaltem eo fine, ut aliquis ex exhibitione inſtrumenti cognoſcere poſſit, an in illo forte experiendi cauſa contineatur? L. 2. ff. ad exhibendum.

bendum, L. 2. §. 7. ff. de tab. exhib. add. Jacob. Frid. Rollwagen, in Diſp. Argent. 1671. habita, de Comparat. Literar. th. 37.

§. 195.

Secundus modus, quo probari poteſt, quod aliquis auctor ſit ſcripturæ, vel ad minimum in illam conſenſerit, fit per teſtes (§. 187.); quodſi enim auctor ſcripturæ, ſive is, cujus conſenſu confecta fuit, vel non amplius in vivis ſit (*a*), vel & producens perjurium metuat (*b*), ſtatim poteſt, loco recognitionis inſtrumenti, ejus avthentiam per teſtes probare; in illius ſiquidem arbitrio poſitum eſt, an mediante recognitione vel diffeſſione jurata, an vero mediante probatione per teſtes, inſtrumento veritatem aſſerere velit, nec ne (*c*)? imo hanc ultimam probandi ſpeciem eligere poteſt, licet recognitio vel diffeſſio jurata a judice adverſario jamjam per interlocutoriam impoſita ſit (*d*), vel & licet ab adverſario juramentum jam acceptatum ſit, modo hoc caſu ſuſpicionem perjurii aliquo modo veriſimilem reddere poſſit (*a*). Præſtito etiam hoc juramento, cum cauſa demum ad proceſſum ordinarium deveniat, & ibi avthentia inſtrumenti modo ordinario ventiletur, quia cauſa redigitur in ſtatum Litis Conteſtationis negativæ (*f*), adhuc perjurium adverſarii & avthentiam inſtrumenti per teſtes probare poteſt (*g*). Recognitio per teſtes.

(*a*) B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. 60. n. 117. ſqq. inprimis n. 119.
(*b*) Dn. Eſtor, in dem Teutſchen Reichs-Proceß, d. ſect. 16. §. 414.
(*c*) Bardili, in d. Diſp. de Recognit. Inſtrum. th. 44.
(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, Conſ. 75. n. 23. & 539.
(*e*) B. Dn. D. Harpprecht, d. Conſ. 75. n. 541.
(*f*) B. Dn. D. Harpprecht, in Conſ. 37. n. 20. ſqq.
(*g*) Idem, d. Conſ. 75. n. 540. quo caſu talis negans ſigillum proprium hodie arbitrarie punitur. Lauterbach, in Coll. tit. de fide inſtr. §. 53. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 34. §. Und da einer. fol. 130. olim contra tales negantes dupli pœna obtinebat; Nov. 18. c. 8. Lauterbach, ad Jus Prov. Würt. P. 1. th. 56. quam & hodie, parte petente, locum habere poſſe arbitror.

§. 196.

In hac probatione per teſtes diverſi diſtinguendi ſunt caſus; *aut enim teſtes producti deponunt, ſe ipſos inſtrumenti confectioni interfuiſſe, vel & ſeſe ſubſcripſiſſe; & hoc caſu agnoſcunt manum ſuam & ſigillum, & avthentia ſcripturæ plene cenſetur probata* (*a*); *aut ſaltem deponunt, ſe noſſe ſcribentis manum, quæ ipſis ſatis cognita ſit, licet actui ipſi non interfuerint, & facile patet, illos plene probare* Diverſi heic a ſe diſcernendi ſunt caſus, ex quibus diverſi oriuntur probabilitatis gradus.

 non

non posse; cum nec probatio per comparationem literarum ab ipsis artis peritis suscepta plene probet, per infra demonstranda; & hoc casu probatio saltem est semiplena probatione minor, &, concurrentibus aliis demum adminiculis, plene probat (*b*). Priori casu pro testium qualitate & numero oritur etiam quandoque probabilitas juridica, modo major, modo minor; de quo casu supra, cum materiam de testibus pertractaremus, satis actum fuit; Posteriori casu etiam pro testium qualitate & numero oritur major, vel minor probabilitatus gradus, *qui tamen, licet duo præsto sint testes omni exceptione majores, nunquam efficit semiplenam probationem.* Ponamus enim, v. gr. unum saltem testem asseverare, se manum auctoris habere cognitam, longe inferior erit probabilitatis gradus semiplena probatione; ponamus, hunc laborare defectu, iterum minor erit gradus; & sic porro; & heic repeti possunt omnia ea, quæ supra de testibus pluribus dicta sunt.

(*a*) B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 75. n. 530. Bardili, in d. Disp. de Recognit. Instrum. th. 44.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, all. Cons. 75. n. 535. & Bardili, d. Disp. th. 44.

§. 197.

Probatio avthentiæ per juramenta.

Accedimus denique ad probationem avthentiæ scripturarum privatarum per juramenta; per Instrumenta enim hujusmodi probationem non facile institui posse, supra (§. 187. not. *a*.) dictum fuit. Fit autem probatio hæc per juramenta vel mediante juramento suppletorio vel purgatorio (§. 187.); Priori modo fieri solet, si alia præsto sint adminicula, quæ semiplenam efficiunt probationem; sic v. gr. instrumenta antiqua per se sine recognitione (*a*) semiplene probant (*b*), adeoque, mediante juramento in supplementum, eorum avthentia probari potest. Sic porro libri mercatorum per se sine recognitione (*c*) efficiunt semiplenam probationem (*d*), adeoque eidem juramento locum dant. Similis casus est, si scriptura morte scribentis corroborata sit, & mortuus in agone constitutus illam veram esse affirmaverit (*e*); Communissimum autem & frequentissimum remedium, quo instituitur hæc probatio, & cui regulariter juramentum suppletorium accedere solet, est comparatio literarum, de qua jam inprimis agendum erit (*f*).

(*a*) Bardili, in sæpe cit. Disp. de Recognit. Instr. th. 22.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 86. n. 170

(c) Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß. sect. 16. §. 415.
(d) Carpzov, P. I. Const. 17. Def. 35. Klein, in Disp. de probat. quæ fit per libros mercatorum, per tot. B. D. Lauterbach, in Coll. tit de fide instrum. §. 50.
(e) B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 37. n. 121. seqq. & Cons. nov. 70. n. 282. & argum. eorum, quæ occasione hæredum mercatoris deduxit Stryk, in Disp. de morte loco jurisjur. c. 2. §. 8.
(f) Heic facile patet, quandoque etiam ex modo juramenti præstiti, si aliquid omissum sit, vel & si juramentum non præstitum sit, sed accesserint aliæ asseverationes &c., oriri posse probabilitatem juridicam, quæ, quanta sit? infra docebitur, & tum facilis erit applicatio ad casum propositum.

§. 198.

Accedimus igitur ad comparationem literarum, quæ, tanquam remedium admodum periculosum (a), nonnisi in subsidium locum habet (b); hæc est remedium, vi cujus scriptura producta cum alia, quæ absque dubio adversarii manu scripta est, comparatur, & de similitudine literarum judicium fertur (c), &, *si omnimoda similitudo reperiatur, plusquam semiplene, sin vero aliqualis dissimilitudo, sed levis, præsto sit, probat per se semiplene* (d). Modo Requisitis suis constet. De comparatione literarum.

(a) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 75. n. 527. sæpe enim dantur homines, qui alterius manum perfecte imitari possunt, sæpe etiam aliter scribunt senes, aliter juvenes &c. hinc omnes circumstantiæ probe ponderandæ sunt. Bardili, in d. Disp. de Recognitione Instrum. §. 42.
(b) Nov. 73. c. 1. & 7. Bardili, d. Disp. th. 11. Rollwaag, d. Disp. de comparat. literarum, th. 9. Quandoque & adhuc decerni potest post diffessionem juratam, vid. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 37. n. 30. seqq.
(c) Bardili, c. l. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß, d. sect. 16. §. 416. Rollwaagen, d. Disp. de Comparat. literarum, th. 3. Sedem suam habet hæc comparatio literarum in L. 20. & Avth. ad hæc. C. de fid Instr. & Nov. 49. c. 2.
(d) B. Dn. D. Harpprecht, in d. Cons. 37. n. 133. seqq.

§. 199.

Requisita hujus comparationis literarum a DDbus traduntur sequentia: Imo, *ut adversario petente præstetur juramentum calumniæ*, quod non malitiose petita sit, nec aliud in promtu fuerit remedium, IIdo, *ut præsto sint duæ scripturæ, altera, ex qua instituitur comparatio, & altera, cujus gratia instituitur, quarum illa notorie debet esse adversarii manu conscripta*; hinc in LL. requiritur, ut illa sit ex Archivo desumta (a). IIItio, *ut adhibeantur duo in arte periti, qui eam ob causam juramento sunt adstricti.* IVto, *ut hi periti, prævia* Traduntur ejus Requisita.

prævia adcurata comparatione literarum, *similitudinem deprehendant literarum*, & V^to , *ut sequatur Judicis Interlocutoria declaratoria*, *quod scil. utraque scriptura eadem manu scripta sit* (*b*). Hæc requisita ad amussim observanda esse contendunt DDres (*c*).

(*a*) Per L. 20. C. & Avth. ad hæc de fid. Instr. Hodie vero, quin & ex quacunque privata scriptura institui possit hæc comparatio, modo illa certo adversarii manu scripta sit, extra dubium est. Dn. Estor, d. sect. 16. §. 416. & 417. Rollwaagen, in d. Disp. de comparat. literarum, th. 31. arg. Avth. ad hæc. C. de fid. Instrum. verb. Ad hæc ex his literis, quibus adversarius tuus utitur & profert &c. loquitur igitur heic Imperator de scriptura privata ab adversario producta. Prior igitur sententia per hanc Avthenticam, quippe ex Nov. 49. c. 2. desumtam adeoque jus posterius, sublata esse videtur & correcta. add. Bardili, d. Disp. de Recognit. Instr. th. 43.

(*b*) B. Dn. D. Harpprecht, in sæpe cit. Cons. 37. n. 35 - 44. Bardili, in dict. Disp. de Recognit. Instrum. th. 43. Rollwaagen, in d. Disp. de comparat. literarum, th. 14 - 21. Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Process, d. sect. 16. §. 417.

(*c*) B. Dn. D. Harpprecht, d. Cons. 37. n. 44. Rollwaagen, d. Disp. th. 22.

§. 200.

Omisso uno vel altero Requisito, si illud suppleri nequeat, oritur probabilitas juridica.

Requisita hæc comparationis litterarum ad amussim & ad unguem observanda esse supra diximus (§. 199.). Ex quo patet, quod, neglecto uno vel altero requisito, Judex vel illud supplere, vel & quandoque totam litterarum comparationem repetere debeat. Non tamen ideo sequitur, ut, si forte hæc comparatio defectu quodam laboret, qui amplius suppleri nequit, vel si comparatio repeti non possit, v. gr. si Instrumentum amissum sit &c. illa statim, deficiente uno vel altero requisito extraessentiali, irrita plane reddatur, nec inde præsumtio seu probabilitas quædam juridica nascatur, sed potius quandoque remanet probabilitatis gradus, haud multum ab illo gradu, quem comparatio literarum rite instituta parit, distans. Imo hodie solennis illa literarum comparatio non ita frequens est, sed Judex plerumque contentus esse solet minus solenni, in qua nonnisi essentialia desiderantur requisita, & quæ nihilominus etiam sicut solennis semiplene probat (*a*). Quin igitur in casu, ubi hic vel ille defectus in solenni comparatione suppleri nequeat, & ille haud multum derogeт fidei comparationis, sed potius remaneat probabilitatis gradus, modo major, modo minor, vel ex eo patet, quia tum talis comparatio ad minimum constat adhuc requisitis minus solennis comparationis literarum, quæ suis non destituitur effectibus.

Imo,

Imo, cum hujus vel illius Requisiti omissio partibus imputari nequeat, nec hic judicis error tantum illis nocere poterit, ut plane omnis fides hujusmodi comparationi denegetur (*b*).

(*a*) Dn. Estor, in dem Teutschen Reichs-Proceß, sect. 16. §. 418. & 419.

(*b*) Anal. L. 24. ff. de his, quæ in fraud. cred. & eorum, quæ deducit Magnif. D. D. Schœpf, in Proc. Dicast. Wurt. vet. edit. c. 13. §. 5.

§. 201.

Inquiritur in gradum probabilitatis ex omissione unius vel alterius Requisiti oriundum.

Præmissis hisce dispiciendum jam erit, qualis nascatur probabilitatis gradus, hoc vel illo Requisito deficiente, vel & quibusnam in casibus hujusmodi comparatio plane nihil operetur? Ponamus jam, deficere *primum Requisitum*, scil. a petente comparationem literarum juramentum calumniæ haud præstitum esse; & duo distinguendi sunt casus; aut enim ab adversario petitum non fuit, & tacite omitti poterit a Judice (*a*), nec igitur quicquam detrahit hoc casu fidei comparationis; aut petitum fuit ab adversario, & a judice fuit neglectum, & omnino male egit judex, qui, omisso hoc juramento, nihilominus ad ipsam literarum comparationem processit, & processus eatenus nullus sit, ut, si fieri possit, comparatio denuo institui, vel hoc juramentum suppleri debeat (*b*); nihilominus tamen ideo nihil vel parum fidei comparationis ipsi detrahi, *si suppleri non amplius possit* (*c*), vel ex eo patet, quia partim error judicis parti nocere non debet, partim vero, quia finis principalis comparationis, observatis reliquis requisitis, nihilominus obtentus est, nec omissio hujus juramenti fidei artis peritorum ad comparationem literarum adhibitorum, quorum causa tamen proprie fides aliqua hujusmodi comparationi tribuitur, derogare potuit (*d*); Adeoque nihil, vel admodum parum detrahi fidei comparationis omisso hoc juramento, per se patet. Cum igitur, si similitudo perfecta deprehendatur literarum, hæc comparatio plusquam semiplenam probationem producat, ad minimum hoc casu, si vel maxime, omisso hoc requisito, fidei comparationis aliquid detrahi concedamus, *remanebit adhuc semiplena probatio, juramento in supplementum roboranda* (*e*). *Secundum Requisitum* si deficiat, h. e. si deficiat scriptura, vel illa, ex qua comparatio instituitur, vel illa, cujus causa instituitur, utroque casu comparatio non est possibilis, adeoque nec inde oriri poterit gradus quidam probabilitatis. *Tertio Requisito* remoto, si scil. non adhibeantur artis periti, sive tales, qui

 digno-

dignoſcendis literis pares ſunt, iterum corruit omnis comparationis fides; *ſin vero adhibeantur artis periti, ſed juramento non adſtringantur, aliquam quidem producet fidem hujusmodi comparatio, ſed non majorem, quam teſtimonium injuratum, h. e. valde exiguam, & ſemiplena probatione longe inferiorem. Quartum Requiſitum* ſi deficiat, h. e. ſi artis periti vel non adcurate omnia perpenderint, *& pro gradu diligentiæ modo major, modo minor inde naſcetur probabilitatis gradus*, vel, *ſi deprehendant diſſimilitudinem, ſed exiguam, & probatio erit ſemiplena, ſi majorem, & erit ſemiplena minor, & ſic pro gradibus convenientiæ modo major, modo minor probabilitas, ita tamen, ut ſola comparatio, ſi vel maxima reperiatur ſimilitudo, nunquam, ſine aliis adminiculis (f), plenam efficiat probationem. Quintum* denique *Requiſitum* ſemper ſuppleri poteſt a judice, ſi ex antecedentibus videat, aliquid ſibi probatum eſſe vel non eſſe, adeoque hoc caſu de gradu probabilitatis quæſtio incidere nequit.

(*a*) Rutg. Rulandus, de Commiſſar. L. 5. c. 38. n. 9. B. Dn. D. Harpprecht, in ſæpe alleg. Cons. 37. n. 35. generaliter enim juramentum calumniæ generale tacito partium conſenſu, hoc eſt, partibus non petentibus, a judice omitti poſſe, conſtat ex c. 1. §. 1. de juram. calumn. in 6to. Receſſ. Deput. de anno 1600. §. als auch unſer 2c. add. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 26. §. und mag zwar 2c. pag. 117. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de jurejur. §. 82. Eſt namque hoc noſtrum juramentum calumniæ tam ſpeciale, quam certo modo generale; Rollwaagen, in d. Diſp. de Comparat. Literar. th. 15. id quod & exinde patet, quia in juramento calumniæ generali promittit jurans, ſe nullam non neceſſariam probationem exacturum, nec falſa probatione uſurum eſſe. Nov. 49. cap. ult. Jus Prov. Wurt. P. I. d. tit. 26. §. zum vierten 2c. pag. 117. & §. zum fünften 2c. ibid. Add. Avth. in iſto. C. de jurejur. propter calumn. Quod idem & hoc caſu exigitur. B. Dn. D. Harpprecht, in d. Cons. 37. n. 36. Rollwaagen, cit. loc. th. 15.

(*b*) Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 26. §. und mag 2c. pag. 117. verbis: zu Verhütung der Nullität 2c.

(*c*) Vix tamen accidere poteſt caſus, ut repeti nequeat hoc juramentum, cum & heredes ad minimum de credulitate illud præſtare teneantur. vid. B. D. Grave, in Diſp. de jurejur. propter calumn. dand. c. 3. th. 3.

(*d*) Conf. Joh. Sam. Stryk, in Diſp. de remiſs. juram. calumn. c. 1. n. 66. ſeq.

(*e*) Si Judex, vel adverſario petente, vel proprio motu hoc juramentum parti comparationem petenti injunxerit, nec illa jurare voluerit, nihil etiam plane operatur comparatio literarum ex poſt inſtituta; effectus enim hujus juramenti recuſati eſt, ut recuſans quoad iſtum articulum pro confeſſo habeatur & cauſa cadat, D. Lauterbach, in Coll. tit. de jurejur. §. 40. & 90. adeoque, cum adverſario eo ipſo jus jam quæſitum ſit, omnia ex poſt geſta adeo nulla ſunt, ut plane nihil operentur, & talis comparatio ne probabilitatis quidem gradum vel præſumtionem ullam producat; eo ipſo enim recuſans cenſetur faſſus eſſe, quod dolo malo comparationem petierit, & veritatem ſupprimere voluerit.

(*f*) Ad

(*f*) Ad hæc adminicula etiam referri poteſt caſus, ſi plures ſcripturæ vel plurium manus conferantur inter ſe, & ſimiles reperiantur; eo ipſo enim multiplex hæc convenientia & ſimilitudo multum addit roboris hujusmodi comparationi literarum, v. gr. ſi teſtium ſubſcriptiones etiam deprehendantur convenire cum illorum ductibus literarum conſuetis, vid. B. Dn. D. Harpprecht, in d. Cons. 37. n. 102. vel & ſi ſuffulciatur hujusmodi comparatio a teſtibus manus ſuas recognoſcentibus &c.

§. 202.

Progredimur jam ad alterum modum reprobandi, ſc. Inſtrumentorum privatorum Avthentiam per juramentum, jusjurandum ſcil. purgatorium; id quod fit in diffeſſione jurata (§. 187.) Juramentum enim hoc, cum præſtetur ab illo, contra quem producitur ſcriptura privata, & quidem eo fine, ut ſcripturam illam falſam eſſe probet, adeoque ſuſpicionem contra ſe militantem purget, quæ quippe proprie eſt natura juramenti purgatorii (*a*), proprie referendum eſt ad juramenta purgatoria. Quamprimum itaque ab adverſario producitur ſcriptura privata, illa aut recognoſcenda eſt, de quo caſu ſupra (§. 188. ſqq.) actum fuit, aut ejus Avthentia, mediante juramento, neganda eſt (*b*), quod vocatur diffeſſio jurata.

Modus elidendi Probationem Inſtrumentorum privatorum Avthentiæ per juramentum purgatorium, quod fit mediante diffeſſione jurata.

(*a*) Cap. ult. X. de jurejur. cap. 8. X. de purg. canon. B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de jurejur. §. 44.
(*b*) Bardili, in d. Diſp. de Recognit. Inſtrum. th. 14. & 15. Dn. Eſtor, in dem Teutſch. Reichs-Proc. ſect. 16. §. 393. Receſs. Imp. noviſs. de anno 1654. §. 39. Add. Jus Prov. Wurt. P. I. tit. 35. §. Wann die Parthien ꝛc. pag. 132.

§. 203.

Diffeſſionis hujus juratæ is eſt effectus, ut tale Inſtrumentum habeatur pro falſo (*a*), & Reus, niſi producens aliis modis illius Avthentiam & veritatem aſſertorum probare queat (*b*), quod ipſi ſalvum manet (*c*), quia tum cauſa redigitur in ſtatum Lit. Conteſt. negativæ (*d*), abſolvatur (*e*).

Effectus diffeſſionis juratæ.

(*a*) B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 75. n. 524.
(*b*) Idem, Cons. 37. n. 21. & ibi alleg. Mevius, in P. 6. Dec. 278. n. 1. Engelbrecht, in Diſp. de Recognit. Inſtrum. th. 28.
(*c*) Idem, cit. loc. & Cons. 75. n. 524. & 540. Engelbrecht, d. Diſp. th. 23. 24.
(*d*) Idem, Cons. 37. n. 24.
(*e*) Idem, d. Cons. 75. n. 539.

§. 204.

Diffeſſioni juratæ haud locum faciunt illa Inſtrumenta privata, quæ per ſe aliquam vel & ſemiplenam fidem habent, adeoque locum

Quænam Inſtrumenta diffeſſionem juratam non admittant.

locum dant juramento in ſupplementum, v. gr. Libri mercatorum (*a*); ſicut nec recognitione opus habent; ſupra (§. 197.).

(*a*) Dn. Eſtor, im T. R. Proceß, dict. ſect. 16. §. 415.

§. 205.

Quomodo circa hanc diffeſſionem juratam probabilitas juridica ſeſe exſerere poſſit?

Ex antecedentibus patet, diffeſſionem juratam non haberi pro plena falſitatis probatione; alias enim tam facili negotio nulla in contrarium admitteretur probatio, nec haberetur ſaltem loco Litis Conteſtationis negativæ, ſed Reus ſtatim abſolvendus eſſet; actore enim non probante, multo magis igitur Reo innocentiam probante, Reus abſolvendus eſt (*a*); ſed ſaltem operari præſumtionem juris contra inſtrumenti producti avthentiam, quæ onus probandi contrarium in adverſarium rejicit. Ex quo porro infertur, illam per ſe probabilitati juridicæ accenſendam eſſe. Alio tamen adhuc modo probabilitas juridica circa hanc diffeſſionem juratam ſeſe exſerere poteſt, in modo ſcil. juramentum præſtandi; *ſic, v. gr. ſi moriatur is, cui diffeſſio injuncta erat, & aſſeveret, priusquam decedat, Inſtrumentum, de quo quæritur, falſum eſſe, oritur inde ſuſpicio quædam falſitatis; imc, ſi ante mortem delatum hoc juramentum acceptaverit, habetur pro actu præſtito* (*b*); *ſi is, contra quem productum erat tale Inſtrumentum, ſub gravibus conteſtationibus ejus falſitatem aſſeruerit, alia inde oritur ſuſpicio falſitatis &c.* illic fortior, heic levior, & ſic porro pro perſonæ qualitate & aſſeverationum gravitate (*c*). Quomodo ceterum probabilitas juridica circa materiam juramentorum ſeſe exſerere poſſit? mox ulterius dicendum erit.

(*a*) L. 2. C. de probat. L. 4. C. de edend. L. 9. C. de except. C. ult. X. de Jurejur. B. Dn. D. Harppr. Reſp. 11. n. 91. Reſp. 60. n. 1011. Reſp. 86. n. 179. & DDres paſſim.

(*b*) Sam. Stryk. in laud. Diſſ. de morte loco jurisjur. c. 2. §. 9.

(*c*) Sed objici poſſet: Quid opus eſt heic diſſerere de hujusmodi probabilitatibus? nunquam enim occurrere poteſt caſus, in quo illæ utilitatem aliquam afferre queant; ſi enim ponamus, illum, qui jurare debebat, mortuum eſſe, heredes ejus tenebuntur jurare de credulitate; & aliena, modo cognita, manus recognoſcenda, aut mediante juramento ejus falſitas adſtruenda eſt. Dn. Eſtor, im T. R. P. d. ſect. 16. §. 404. not. 3. Bardili, in d. Diſp. de recognit. inſtrum. th. 25. Engelbrecht, in d. Diſp. de recognit. inſtrum. th. 10. Sed ſalva res eſt; ſæpe enim occurrunt caſus, ubi jurata hæc diffeſſio in heredibus locum habere nequit, & hi ne de credulitate quidem jurare poſſunt; v. gr. ſi manus aliena recognoſcenda ſit, quæ heredibus non æque ac mortuo cognita eſt. Tum enim omnino hujusmodi ſuſpiciones falſitatis tantum operantur, ut alter luculentiſſimis & majoribus ad minimum, quam ordinariis, probationibus opus habeat, ad veritatem inſtrumenti producti adſtruendam.

CAPVT III.

CAPVT III.

PARS II.

SECTIO IV.

DE PROBATIONE PER IVRAMENTA.

§. 206.

Hactenus egimus de probatione per Inſtrumenta, tam publica, quam privata, & monſtravimus, qualis & quanta probabilitas circa illam ſeſe exſerere queat; jam progredimur ad quartam Probationum ſpeciem, per Juramenta ſcilicet (§. 108.). Multiplicis generis Juramenta dari aliunde conſtat; præſtantur enim vel in cauſis publicis, vel privatis (*a*), & poſteriori caſu iterum vel in cauſis privatorum judicialibus, vel extrajudicialibus (*b*). Illuc ſpectant potiſſimum aſſertoria, nec non quæ deciſionem rei controverſæ concernunt (*c*); Huc pertinent proprie illa, quæ promiſſoria vocantur, vel quæ ad actus cujusdam confirmationem accedunt, & ideo vocantur confirmatoria. Nobis heic proprie ſermo eſt de illis, quæ ad rei controverſæ deciſionem ſpectant, & uno verbo de judicialibus. Cum enim probabilitatem juridicam nobis proprie habeamus propoſitam, quæ proprie probationi inſervit, probatio autem fiat Judici: facile patet, Juramenta extrajudicialia, adeoque etiam promiſſoria vel confirmatoria, huc non ſpectare.

Pergitur ad IVtum probandi modum, per juramenta ſcilicet.

(*a*) B. D. Lauterbach, in Coll. Theor. Pract. tit. de jurejur. §. 34.
(*b*) Idem, d. l. §. 35.
(*c*) Andr. Bajer, in Diſp. de Juramentis, th. 9. 10. Dn. Eſtor, in dem Teutſchen Reichs-Proceß, ſect. 17. §. 459. 460.

§. 207.

Spectant itaque huc proprie Juramenta judicialia, in re controverſa præſtanda. Sed jam quæritur, quid ſit juramentum, & quid heic vocemus juramentum judiciale? Juramentum dicitur Invocatio Nominis Divini, qua DEVS T. O. M. tanquam aſſerti alicujus teſtis & vindex provocatur (*a*). Judiciale juramentum heic loci in ſenſu latiori accipitur, pro illo, quod in judicio coram judice præſtandum eſt, & quo aſſeritur, hoc vel illud partis aſſertum verum eſſe; hoc loco enim contradiſtinguitur extrajudiciali, quo aliquid vel promittitur, vel actus quidam confirmatur

Quid ſit juramentum?

tur & corroboratur. Alio ſenſu, eoque ſpecialiori, quod dicatur judiciale? mox dicetur.

(*a*) Levitic. XIX. ℣. 12. Exod. XXII. ℣. 11. Deuteron. VI. ℣. 13. & X. ℣. 20. I. Chron. XXIX. ℣. 9. II. Chron. XXXVI. ℣. 13. I. Reg. VII ℣. 32. II. Reg. XXV. ℣. 7. Pſalm. VII. ℣. 10. Jerem. XI. ℣. 20. Rom. I. ℣. 9. IX. ℣. 5. Hebræor. VI. ℣. 16. B. D. Harpprecht, Reſp. 71. n. 191. ſeq. Andr. Bajer, d. Diſp. de juram. th. 4. Dn. Eſtor, in dem Teutſch. Reichs-Proceß, ſect. 17. n. 457. Exc. Dn. D. Chriſtoph. Frid. Harpprecht, in laud. Diſp. de jurejur. ſcriptura præſtito, th. 3.

§. 208.

Quædam ſola per ſe efficiunt probationem, quædam illam adjuvant vel elidunt.

Juramentorum, quæ probationis gratia in judicio præſtantur, quædam ſunt ita comparata, ut ſola, non accedentibus aliis adminiculis, probationem plenam efficiant; quædam ſupponunt præſumtiones quasdam, easdemque vel ſupplent, vel elidunt. Prioris generis ſunt juramentum judiciale, quod hoc loco dicitur illud, quod pars parti in judicio defert (*a*), & juramenta dandorum & reſpondendorum. Poſterioris generis ſunt ſuppletorium & purgatorium. De ſingulis jam ſpeciatim dicendum erit (*b*).

(*a*) L. 12. pr. & §. 1. C. de Jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. Th. Pract. tit. de Jurejur. §. 62. Beſold, in Diſp. de juram. convent. th. 2. qui illud conventionale appellat.

(*b*) Plura quidem alia dantur juramenta in judicio præſtanda, v. gr. juramentum in litem, juramentum calumniæ, juramentum manifeſtationis, minorationis &c. de quibus vid. Lauterbach, dict. loc. §. 37. ſqq. Sed cum hæc partim ſub prioribus comprehendantur & illorum ſpecies ſint, partim non directe ad materiam probationis ſpectent, partim vero non tam frequenter occurrant; merito illa jam brevitatis ſtudio prætermittimus, & præſertim ſpecies modo recenſitas pertractamus; ceterum Lectori de reliquis, ex illis, quæ jamjam tradituri ſumus, facile erit judicium.

§. 209.

De Juramento judiciali ſtricte ſic dicto.

Primum igitur, de quo jam agendum eſt, Juramentum, eſt Juramentum judiciale vel conventionale, quod pars defert parti in judicio litis decidendæ ergo. Cum enim ſæpe accidere ſoleat, ut pars quædam intentionem ſuam modis hactenus recenſitis ideo probare non poſſit, quia & teſtibus & documentis deſtituitur, vel quia forte a teſtibus perjurium metuit; inventus eſt modus hic probandi, quo facillime cauſa controverſa decidi poteſt, per juramentum ſcilicet conventionale vel judiciale, ſi nimirum non metuatur adverſarii perjurium. Deferri poteſt hoc juramentum, licet nihil plane probari potuerit (*a*), vel & licet probatio jam abſoluta ſit, ſed nihil probatum ſit (*b*), a quocunque, qui liberam

rerum

rerum ſuarum adminiſtrationem habet (*c*), cuique, etiam perſonæ infami (*d*), modo adverſarius nondum plene probaverit, tum enim ulterioribus probationibus opus non eſt (*e*), in omnibus cauſis præter publica judicia (*f*) & cauſas matrimoniales, (ſi contra matrimonium jurandum ſit) (*g*), in quacunque judicii parte (*h*), etiam termino probatorio jamjam elapſo (*i*), ante & poſt Litisconteſtationem (*k*), & delatum aut ſimpliciter in forma a Judice comprobata (*l*) præſtari, aut referri (*m*), aut contrarii probatione elidi debet (*n*); alias recuſatum, absque juſta cauſa, operatur plenam probationem; & articulus, ſuper quo juramentum delatum fuit, cenſetur confeſſione adverſarii roboratus (*o*); ſin præſtitum ſit, operatur abſolutionem adeo plenam, ut deferens nequidem audiatur, ſi ex inſtrumentis forte noviter repertis ſententiam conetur impugnare (*p*), quia cauſa per conventionem quaſi partium ſpontaneam cenſetur eſſe deciſa (*q*).

(*a*) L. 35. pr. ff. de jurejur. L. ult. C. de fideic. L. 21. §. penult. ff. de probat. B. D. Lauterbach, in Coll. Th. Pract. tit. de jurejur. §. 63. B. Dn. D. Harpprecht, in reſp. 89. n. 92. Idem, in Cons. nov. 32. n. 63. & Cons. nov. 57. n. 55. Cel. Leyſer, in ſpec. ad ff. 135. n. 5.

(*b*) Arg. L. 11. L. 12. C. de R. C. & jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 63.

(*c*) Lauterbach, in Coll. d. l. Paul. Anſorgius, in Diſp. Argent. 1661. habit. de jurejur. quod pars parti defert in judicio, th. 17. Beſold, in Diſp. de juram. convent. th. 5 - 13. inclus.

(*d*) L. 26. pr. ff. de jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. t. §. 64.

(*e*) Cap. 2. X. de probat. B. D. Lauterbach, in Diſp. de relat. jurisjur. th. 29. ſqq. & th. 36. ſqq.

(*f*) Anſorg. in d. Diſp. th. 19. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 65.

(*g*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 65. Beſold, in d. Diſp. th. 14. & 17. Celeb. Dn. Eſtor, in dem teutſchen Reichs-Proceſs, ſect. 17. §. 482.

(*h*) L. 12. pr. C. de R. C. & jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 66.

(*i*) Arg. L. 11. & d. L. 12. C. de R. C. & jurejur. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 63. & 66. Beſold, in d. Diſp. de jurejur. convent. th. 16.

(*k*) Dn. Eſtor. im T. R. Proc. ſect. 17. §. 496. L. 12. pr. C. de R. C. & jurejur.

(*l*) B. Dn. D. Harpprecht, in reſp. 13. n. 206. & n. 224.

(*m*) Anſorg. in d. Diſp. th. 31. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 68. niſi de facto tertii, non ejus, cui delatum eſt, ſermo ſit, tum enim relatio locum non habet. Lauterbach, d. l. §. 68. Harpprecht, reſp. 13. n. 201.

(*n*) Arg. Cap. 2. X. de probat. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 67.

(*o*) L. 34. §. 6. & ult. L. 38. ff. de jurejur. L. 9. C. ibid. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 67. Anſorg, in d. Diſp. th. 50. ſqq.

(*p*) Lauterbach, in Coll. d. l. §. 71. L. 1. C. de R. C. & jurejur. Celeb. Eſtor, in d. ſect. 17. §. 463.

(*q*) Hinc

(q) Hinc & in jure ſæpe æquiparatur Transactioni & rei judicatæ, & nihil quæritur, niſi an juratum ſit? L. 56. ff. de re jud. L. 5. §. 2. ff. de jurejur. B. Dn. D. Harpprecht, in reſp. 29. n. 62. & in Cons. nov. 18. n. 50.

§. 210.

Ejus requiſita. Ex præmiſſis Requiſita hujus Juramenti, ſi ſcil. omnes effectus ſuos producere debeat, facile intelliguntur. Cum enim quæſtio ſit, quid requiratur, ut hoc juramentum præſtitum plenarium abſolutionis vel condemnationis effectum producat? ad ſequentia attendendum eſt requiſita: I. *An perſona deferens ſit habilis*, h. e. rerum ſuarum adminiſtrationem habeat liberam? Quia enim eſt ſpecies Transactionis, nemo id deferre poteſt, niſi qui etiam tranſigere poteſt; hinc excluditur v. g. pupillus ſine tutoris auctoritate, prodigus, furioſus, mente captus, minor absque Curatore, &c. (*a*) II. *requiritur, ut perſona, cui defertur, intellectum habeat, & dignoſcere poſſit, quid agat* (*b*)? Ceterum nihil intereſt, cujuscunque ſexus vel ætatis ſit is, cui delatum eſt, vel cujuscunque conditionis ſit, infamis, &c. ſibi enim imputet deferens, quod tali perſonæ ipſe ſponte ſua cauſæ deciſionem commiſerit (*c*). III. *requiritur, ut cauſa ita comparata ſit, ut juramenti delationem admittat*; hinc excluduntur cauſæ matrimoniales; ſi ſcil. contra matrimonium jurandum ſit (*d*), item criminales, quatenus pœnam corporis afflictivam vel plane capitalem concernunt (*e*). IV. *ut præſtitum ſit in judicio* (*f*). V. *requiritur, ut forma juramenti interna recte ſeſe habeat*, h.e. ut juratum ſit per DEum T. O. M. isque invocatus ſit in teſtem & vindicem (*g*). VI. *ut & forma externa recte ſeſe habeat*; hinc 1.) præſtandum eſt hoc juramentum proprie tempore matutino, quia jurandum eſt jejuno ſtomacho (*h*). 2.) Aviſatio ſive admonitio de perjurio vitando præcedere debet; 3.) viri elevatis prioribus digitis manus dextræ, fœminæ iisdem pectori ſiniſtro admotis, jurare debent. VII. *ut juramentum hoc præſtitum ſit ab ipſo Principali, non per Procuratorem*, etiam ſpeciali mandato inſtructum, niſi volente & conſentiente adverſario deferente (*i*). Hæc requiſita, ſi recte ſeſe habeant, juramentum hoc plenam producit probationem, & ſequitur abſolutio vel condemnatio. Jam vero etiam de gradibus probabilitatis diſpiciendum eſt, ex defectu unius vel alterius Requiſiti promanantibus.

(*a*) Paul. Anſorg. in dict. Diſp. de jurejur. quod pars parti defert in judicio, th. 17. Beſoldus, in Diſp. de jurejur. convent. th. 5 - 13. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de jurejur. §. 63.

(*b*) B.

(*b*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 64. Besold, in d. Disp. th. 18. Juramentum enim tres habere debet Comites, veritatem, justitiam, & Judicium, quæ tria necessario debent præsto esse. B. D. Lauterbach, in Tract. Synopt. de Juram. in genere, §. 1. th. 10. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. 30. n. 114.

(*c*) L. 23. L. 26. pr. ff. de jurejur. L. ult. §. ult. ff. de liberal. caus. Besold, in d. Disp. th. 18. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 64.

(*d*) Besold, in d. Disp. th. 14. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de jurejur. §. 55. & 65.

(*e*) Paul. Ansorg. in d. Disp. th. 19. Besold, d. l. th. 17. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. th 65.

(*f*) Grave, in Disp. de jurejur. propter calumn. dando, c. 5. §. 2. Dn. Estor, im T. R. Proc. d. sect. 17. §. 509.

(*g*) Vid. supra (§. 207. not. a.)

(*h*) Grave, in d. Disp. c. 5. §. 1. Dn. Estor, in dem teutschen Reichs-Proceß, sect. 17. n. 508.

(*i*) Requiritur quidem etiam, ut deferens, adversario petente, juramentum malitiæ præstet; B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 57. n. 64. L. 34. §. 4. ff. de jurejur. L. 37. ff. ibid. L. 9. C. de R. C. & jurejur. L. ult. C. de fideic. Dn. Estor, in dem teutschen Reichs-Proceß, sect. 17. §. 503. Sed primo, hoc, si petitum non sit, haud exigitur; secundo, si petitum & a judice neglectum, juramentum autem principale ab adversario nihilominus præstitum sit, adeo non principale hoc juramentum amittit vires suas, & gradum quendam probabilitatis producit, ut potius pro jurante ex duplici capite pronunciandum sit, partim ideo, quia, si adversarius juramentum calumniæ præstare detrectet, juramentum principale habetur pro præstito. Dn. Estor, im teutschen Reichs-Proceß, sect. 17. §. 514. L. 37. ff. de jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 67. partim ideo, quia præstito juramento judiciali tota causa habetur pro decisa. L. 1. L. 2. ff. de jurejur. Dn. Estor, d. l. §. 463. B. D. Lauterbach, in Coll. d. l. §. 71.

§. 211.

Quid, si delatum sit a persona inhabili?

Ponamus jam Imum deficere requisitum, juramentum scilicet judiciale delatum esse a persona inhabili: & nullum esse hoc casu hoc juramentum, licet præstitum sit, facile patet (*a*); sed hoc intelligendum est, quatenus consideratur tanquam juramentum judiciale, & ejus effectus plenarios producere debet; illud vero non adeo nullum esse, quin ex præstatione hujus juramenti pro præstante non aliqua militet præsumtio & probabilitas quædam Juridica, vel ex eo patet, quia temere nemo præsumitur jurare & nomen Dei in vanum invocare; operabitur igitur hoc casu tale juramentum præstitum probabilitatem quandam Juridicam, sed quæritur: quantam? Resp. *Gradus hic accedet prope ad semiplenam probationem.* Quodsi igitur alia concurrant adminicula, semiplenam probationem vel paulo majorem efficientia,

 nullus

nullus dubito, quin hoc casu pro tali jurante pronunciari possit; coincidet enim tum juramentum hoc cum juramento suppletorio, & sine dubio idem operabitur, quod illud operatur, imo quandoque etiam elidet præsumtiones adversarii, sicut purgatorium, & cum illo coincidet; quodsi itaque adversarius intentionem suam probare non potuerit, quin, præstito hoc juramento, præstans, æque ac si purgatorium præstitisset, absolvendus sit, equidem nullus plane dubito; omnia enim essentialia juramenti sive suppletorii, sive purgatorii, in casibus modo propositis præsto sunt, & finis, ut scilicet vel probatio minus plena suppleatur, vel præsumtiones adversarii elidantur, hoc casu æque, ac præstitis juramentis sive suppletorio, sive purgatorio, obtentus est.

(a) L. 17. §. 1. L. 32. ff. de Jurejur. L. 1. §. 1. ff. quar. rer. act. non datur. Besold, in Disp. de Jurejur. conv. th. 6.

§. 212.

Quid, si jurans fuerit inhabilis?

Ponamus porro, defectum esse in Requisito IIdo, scil. personam, quæ juramentum hoc præstitit, non fuisse habilem, i. e. illam intellectu sufficienti, ad dignoscenda ea, super quibus juratum erat, destitutam fuisse; & facile patet, totum corruere hoc juramentum, nec ullam habere efficaciam, nec adeoque relinqui probabilitatem quandam Juridicam; ratio enim, propter quam hic probandi modus introductus est, hæc est, ut talis metu vindictæ divinæ veritatem revelet; cum vero ratio hæc in illo, qui intellectu suo destituitur plenarie, tota cesset, quin nullus ex tali juramento gradus probabilitatis promanare possit, facile patet. Quodsi vero pupillus juramentum tale præstiterit, qui non omni destituitur intellectu, quin plene probet hoc juramentum, vel ex eo intelligitur, quia sibi imputare debet adversarius, quod juramentum tali concrediderit (a); quamvis regulariter judex actualem juramenti præstationem differre debeat ad pubertatem usque plenam, h. e. ad annum usque 18. (b) adeoque, si pupillus eo usque vixerit, juramentum hoc repeti debeat, quamvis etiam quandoque admittatur post annum 14. (c)

(a) L. 26. pr. ff. de Jurejur. Besold, in d. Disp. de Jurejur. convent. th. 18. arg. eorum, quæ deducit Grave, in sæpe cit. Disp. de Jurejur. propter calumn. dando, c. 3. §. 17.

(b) Carpzov, in Jurisprud. for. P. 1. Const. 12. def. 42. Berger, in Elect. Disc. for. tit. 18. p. 532. sq. Dn. Estor, in dem teutschen Reichs-Proceß, sect. 17. §. 474. not. x.

(c) Can.

(c) Can. 15. 16. Caus. 22. quæst. 5. Celeb. Leyser, in spec. ad ff. 136. coroll. 3.

§. 213.

Quodsi jam in III. Requisitum impingi supponamus, juramentum scil. judiciale deferri in causa, in qua regulariter juramentum tale deferri nequit, ut in causa matrimoniali, vel criminali, quin iterum juramentum judiciale, qua tale, nullum sit, ex antecedente Legis prohibitione apparet, ita scil., ut effectus juramenti judicialis producere nequeat; sed annon fortasse probabilitas inde oriri possit, quæ conjuncta cum aliis adminiculis quandoque plenam probationem efficere queat, quæritur? Equidem heic distinguendum esse arbitror inter causas criminales, & matrimoniales; priori casu, si scil. de pœna quadam gravi corporis afflictiva vel forte plane capitali quæstio sit, omnino tale juramentum nihil operari persuasum habeo; aut enim accusator præstitit hoc juramentum, aut Reus; si prius; ideo nihil operari potest, quia in criminalibus requiruntur probationes, uti loquuntur JCti, luce meridiana clariores (*a*); quo omnino accusatoris juramentum referri nequit; si posterius; tum omnino propter manifestam perjurii suspicionem haud admittendum erit, sicut nec purgatorium hoc casu facile decerni solet, sed potius tali in casu vel absolutionem rei ab Instantia, vel plane dimissionem ejus absque sententia, locum obtinere putem (*b*), pro facti diversis qualitatibus & circumstantiis; nec igitur, licet etiam actu præstitum sit tale juramentum, illud aliquid operari putem. Aliter paululum rem sese habere arbitror in causis matrimonialibus; aut enim juramentum hoc a Reo præstitum est ad elidendas suspiciones, & plene probabit, quia juramentum judiciale pro matrimonio præstitum omnino validum est (§. 209. not. *g*.); aut præstitum est ab Actore ad supplendas probationes imperfectas, & directe tanquam juramentum judiciale haud valebit, quia contra matrimonium juramentum judiciale haud admittitur, nihilominus tamen non plane nihil operabitur, sed pari passu ambulabit cum juramento suppletorio, & ob paritatem rationis eundem effectum producet, quem juramentum suppletorium in causis matrimonialibus producit contra matrimonium, hoc est, *admittetur, si præter semiplenam probationem pro actore insignis militet præsumtio* (*c*); *supplebit itaque probationem semiplena probatione longe majorem, adeoque producet præsumtionem semiplena probatione*

Quid, si delatum sit in causa criminali, vel matrimoniali?

 longe

longe inferiorem. Sicut in genere in causis valde arduis juramentum suppletorium non semiplenam, sed hac minorem, constituit probationem (*d*).

(*a*) L. ult. C. de probat. B. Dn. D. Harpprecht, in Resp. 3. n. 6. Id. Resp. 2. n. 14. & 15. & DD. passim. Hinc nec hoc casu admittitur juramentum suppletorium. Gail, lib. 1. obs. 108. n. 11. 12. sq. & lib. 2. Obs. 94. n. 8. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Jurejur. §. 77.

(*b*) Excell. Dn. D. Mœgling, in Disp. de Dimiss. Reorum sine sententia, th. 8.

(*c*) B. Dn. D. Lauterbach, dict. Coll. & tit. de Jurejur. §. 77.

(*d*) Gail & Lauterbach, dict. locc. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 23. n. 35.

§. 214.

Quid, si non in judicio juratum sit?

Ponamus porro, defectum esse in IV. Requisito, h. e. juramentum hoc non coram judice & in judicio, sed extra judicium coram privato quodam forte præstitum esse; (quod tamen vix ac ne vix quidem accidere potest,) & illud nihilominus plene probare arbitror, si scilicet adversarius, vel expresse, vel tacite, consenserit; si enim valet juramentum conventionale, quod extra judicium defertur & suscipitur (*a*), omnino nulla est ratio, cur hoc non eundem effectum producat; incidit enim tum in juramentum illud voluntarium & extrajudiciale, cujus quippe formam induit. Quodsi vero adversarius non consenserit, illud omnino plene probare, & omnes plane juramenti effectus producere haud arbitror, quia omnino per conventionem in judicio præstari debuisset, adeoque heic in conventionis legem impactum fuit; imo accedit quoque alia ratio, quia forte coram judice jurans magis præmeditato jurasse censetur, quem quippe magis reveretur, quam privatum; nihilominus tamen hunc defectum adeo levem esse arbitror, ut facile, accedente quodam alio adminiculo, suppleatur, adeoque non multum valori hujus juramenti detrahatur; cum omnino nemo facile pejeraturus esse censeatur, præsertim admonitus, quod heic supponitur, nec præsentia judicis multum in ipsum juramenti hujus finem, ut scil. veritas reveletur, influat, adeoque partes ad locum in conventione sua haud multum respexisse censeantur. *Summa itaque probabilitate & tantum non plena probatione sese commendabit juramentum hoc casu præstitum*, licet, si repeti queat, illud coram judice repeti, consultius sit (*b*).

(*a*) L. 17. pr. L. 26. §. ult. L. 28. §. ult. ff. de Jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Jurejur. §. 52.

(*b*) Op-

(*b*) Opponi poſſet: ſi in Legem conventionis jurans impegit, Juramentum deficiente conditione non amplius eſt judiciale, adeoque incidit in Juramentum ſuppletorium vel purgatorium, & ſaltem ſemiplena vel minori probatione ſeſe commendat. Sed, cum parum ipſi Juramenti efficaciæ locus, tanquam circumſtantia valde accidentalis, addat, ſane, in dubio, Juramentum deferens non ita præciſe illud adverſario ſub hac Lege detuliſſe cenſetur, ut hac conditione ſublata Juramentum præſtari plane nolit; quod enim parum ad rem facit, ad illud, in dubio, in conventione nemo cenſetur reſpexiſſe, adeoque hoc caſu Juramentum nihilominus manet judiciale, ſed non omnibus plane numeris abſolutum.

§. 215.

Quintum Requiſitum ſi defectus habeat, h. e. ſi circa formam Juramenti internam peccatum ſit, v. gr. ſi non per DEum, vel non per DEum tanquam teſtem & vindicem, vel plane non juratum ſit, diverſi, pro diverſitate ſcilicet defectuum, promanabunt effectus. Ponamus, v. gr. per Creaturas, Angelos, Sanctos, Cœlum, Terram &c. juratum eſſe, & diſt: aut jurans has creaturas pro vera Diviniate habet; & omnino verum eſt Juramentum, quale ſcilicet a tali pro ipſius conſcientia exigi poteſt (*a*); *aut hujusmodi creaturas non habet pro Divinitate quadam*, & nullum præſto eſt Juramentum, *licet & tales aſſeverationes*, quia magis enixum animum demonſtrant, *aſſertioni alicui levidenſem quandam præſumtiunculam conciliare queant*; ponamus, in formula Juramenti peccatum & v. gr. DEum ſaltem tanquam teſtem, non inſimul ut vindicem perjurii, invocatum eſſe, nec hoc caſu Juramentum judiciale omnes ſuos effectus producet, quia is, qui DEum inſimul tanquam vindicem mali invocat, teſtatum reddit, quod in ipſa præſtatione Juramenti perjurii pœnam ſibi ob oculos ponat, adeoque multo minus perjurium committere cenſetur, quam is, qui DEum ſaltem ut teſtem invocat; hinc ſolam DEI invocationem in teſtem multi pro vero Juramento non habent (*b*). Quia tamen DEus nomen ſuum in vanum invocantes certiſſime gravi pœna coërciturus eſt, & hoc omnes jurantes, præſertim admoniti, ignorare nequeunt; *omnino prope accedet talis invocatio ſeria ad juramentum, & parum aberit a vero juramento.* Sed quæritur, quem gradum probabilitatis producat? & Reſp. cum hoc caſu pars eſſentialis Juramenti deficiat, non videri adverſarium in talis Juramenti præſtationem conſenſiſſe, adeoque qua Juramentum judiciale illud valere non poſſe; *ſed quandoque tamen prope accedet ad juramentum ſuppletorium, vel purgatorium, adeoque probatio erit ſemiplena probatione*

Quid, ſi circa formam Juramenti internam peccatum ſit?

tione paullo minor. Ponamus DEum tanquam vindicem & ultorem perjurii provocatum esse, & verum erit Juramentum, si pro asserenda veritate facti cujusdam hæc provocatio facta sit; eo ipso enim implicite DEus etiam tanquam testis provocatus est (*c*); omnino itaque validum erit Juramentum judiciale hoc modo præstitum. Ponamus porro, verum Juramentum & solenne haud præstitum esse; & dist: an forte morte impeditus præter suam culpam illud præstare actu non potuerit, licet paratus fuerit, & habetur omnino pro præstito *(d)*; an vero formula ipsa seu modus asseverandi Juramentum haud involverit, & omnino asseveratio talis pro vero Juramento judiciali haberi nequit, quod quippe verum & solenne requirit Juramentum. Sic v. gr. solus tactus baculi judicialis, vel promissio loco jurisjurandi, non habetur pro vero, multo minus pro solenni Juramento (*e*); non igitur sufficit heic, cum partes per conventionem consenserint in verum & solenne Juramentum, *producet itaque quidem præsumtionem, sed semiplena probatione inferiorem*, quia nequidem in vim Juramenti suppletorii valere potest, vel purgatorii, quæ quippe itidem verum & solenne deposcunt Juramentum, majorem tamen efficiet præsumtionem hæc promissio, quæ quippe prope accedit ad verum Juramentum, quam aliæ asseverationes, quæ plane formam Juramenti non continent; v. gr. si quis veritatem asserti cujusdam asseveret bey gutem Gewissen, bey guter Treu und Glauben &c. (*f*), ast minorem, quam ubi DEus tanquam testis invocatus erat; quia ibi, præter intentionem juramentum præstandi, etiam accedunt verba, quibus animus hic declaratur; hoc casu vero non solum intentio solenne Juramentum præstandi deficit, sed nec animus hic verbis declaratur.

(*a*) Stryk, in Us. Mod. tit. de Jurejur. §. 8. B. D. Lauterbach, in Coll. ibid. §. 15.

(*b*) Excell. Dn. D. Christoph. Frid. Harpprecht, in Disp. de Jurejur. scriptura præstito, th. 7. not. 27. & qui ibi alleg. Illustr. Bœhmer, in Jure Eccles. Prot. tit. de Jurejur. §. 7.

(*c*) Hinc formula ubique fere usitata: ita me DEus adjuvet, als mir GOtt helffe und sein H. Wort, verum continet Juramentum; quo & referenda formula in Ord. Cam. P. 1. tit. 57. & seq. & Rec. Imper. de anno 1555. §. und dann dieweil, præscripta, qua juratur per DEum & SStum ejus Evangelium.

(*d*) Sam. Stryk, in Disp. de morte loco Jurisjur. c. 2. §. 3.

(*e*) B. Dn. D. Lauterbach, in Tract. Synopt. de Juram. in genere, §. 1. n. 22. B. Dn. D. Harpprecht, in Resp. 63. n. 98. & 99. Idem, in Cons. nov. 18. n. 15. seqq. ubi insimul tractat casum, si quis respondeat sub fide Juramenti,

in

in alia jam caufa præftiti. Idem, in Cons. 18. n. 115. Idem, in Cons. 89. n. 30. Andr. Baier, Pofit. de Juram. th. 8.

(f) Adfcribitur quidem hisce verbis vis ac efficacia Juramenti, fi a Principibus vel Comitibus pronunciata fint, v. gr. fi hi aliquid promiferint bey Fürstl. oder Gräflichen Parolen. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de Jurejur. §. 20. Gail, L. 2. Obf. 59. n. 6. B. Dn. D. Harpprecht, Refp. 71. n. 61. an vero hæc verba eandem vim habeant, in Juramentis folennibus in judicio præftandis? de eo merito dubitatur. Lauterbach, in d. l. Pariter promiffiones Mercatorum, bey Treu und Glauben, æquiparantur Juramentis. Joh. Marquard, de Jure Mercatorum, L. 2. c. 8. n. 3. B. D. Lauterbach, in Coll. d. t. B. Dn. D. Harpprecht, in Refp. 97. n. 70. quod tamen in cafibus, in quibus verum & folenne requiritur Juramentum, haud procedit; hinc hæc verba nunquam æquiparantur Juramento in judicio præftando.

§. 216.

Quid, fi forma Juramenti externa minus recte fefe habeat?

Progredimur ad VItum Requifitum, quod in eo pofuimus, ut forma juramenti externa, h. e. folennitates externæ, quæ alias in juramento intervenire folent, recte fefe habeant. Hæc requifita, cum omnino ufu fori tantum non univerfali recepta fint, & proprie folenne, uti vocant, juramentum conftituant (a), omnino in juramentis, maxime judicialibus, quæ quippe omnia folennia funt, obfervari debent, quia ibi partes conventione fua in juramentum folenne confenfiffe cenfentur. Quin igitur, omiffis hisce folennibus, juramentum judiciale non omnibus numeris abfolutum fit, facile patet, adeoque etiam omnes illius effectus producere vix poterit. Cum vero contra hæ folennitates ad internum juramentorum valorem parum vel nihil conferant, adeoque partes in conventione ad illas potiffimum non refpexiffe cenfeantur, quamvis fua in jurando utilitate haud deftituantur (b): fane haud multum valori hujusmodi juramenti earum omiffio detrahit, *adeoque, hoc cafu, omnino parum aberit gradus probabilitatis inde oriundus a plena probatione, erit itaque hoc cafu probatione femiplena multo major* (c); Nihilominus, pro diverfitate harum folennitatum, iterum diverfus erit gradus probabilitatis; *fic, v. gr. omiffa avifatione*, quia hæc efficit, ut juramentum majori deliberatione præftetur, *minor erit gradus probabilitatis, quam fi digiti elevati haud fint*, quæ quippe folennitas cum intentione jurantis, ad quam tamen maxime refpiciendum eft, minimam habet connexionem, licet, & omiffa avifatione, gradus probabilitatis adhuc femiplena probatione major fit, quia nemo tam leviter juramentum fufcipere cenfetur; ita enim

enim & in caſu, ubi ſolenne juramentum non requiritur, v. gr. in negotiis extrajudicialibus, ubi juramentum confirmationis ſaltem gratia additur, tale juramentum pro vero juramento habetur, & plene obligat, licet aviſatio ſpecialis non præceſſerit.

(*a*) L. 21. C. de R. V. Briſſonius, edit. Heinecc. de V. S. p. 1258. ſeq. Excell. Dn. D. Harpprecht, in laud. Diſp. de jurejur. ſcript. præſtito, §. 10. not. 47. 48.

(*b*) Excell. Dn. D. Harpprecht, d. l. §. 10. not. 49. 50.

(*c*) At vero, cur heic gradum probabilitatis ſemiplena probatione majorem eſſe contendimus, cum ſupra (§. 211.) deficiente Requiſito primo, illum ſemiplenæ probationi æqualem, vel illa paulo minorem, pronunciaverimus? Sed Reſp. ibi ſupponebatur defectus in perſona deferente, ibi itaque juramentum præſtitum tanquam judiciale non amplius conſiderari poterat, ſed incidebat in ſuppletorium, cujus effectus ſaltem eſt ſemiplena probatio; ſecus res ſeſe habet in caſu noſtro præſenti, ubi, cum perſona deferens habilis, & ceterum juramentum verum interveniſſe ſupponatur, manet juramentum judiciale, licet non omnimodo ſolenne, adeoque tantum aliquid pro gravitate nimirum ſolennitatis omiſſæ illi detrahitur.

(*d*) Verum enim dicitur, cui competit definitio juramenti. Ill. Wernher, in Obs. Pract. Obs. 151. n. 30. B. Dn. D. Harpprecht, in Diſſ. de Transact. jur. §. 8. n. 19. & hoc reſpectu contradiſtinguitur aſſertioni morientis, aſſeverationi per Principis ſalutem, aſſeverationi loco juramenti &c. de quibus caſibus ſupra (§. 215.) actum fuit. add Excell. Dn. D. Harpprecht, in ſæpe laud. Diſp. de jurejur. ſcriptura præſtito, th. 10. not. 46. Leyſer, ſpec. ad ff. 144. & 567. n. 4. Stryk, in Diſp. de morte loco jurisjur. Berger, de Urpheda, c. 5. th. 6. & plures ibi alleg.

§. 217.

Quid, ſi per Procuratorem præſtitum ſit?

Septimum Requiſitum hoc eſt, ut Juramentum judiciale in propria perſona, non per procuratorem, nequidem ſpeciali mandato inſtructum, præſtitum ſit. Tres itaque heic ſtatim ſeſe exſerunt caſus; Aut enim præſtitum fuit per Procuratorem ſpeciali mandato inſtructum, conſentiente adverſario, & res extra dubium eſt, tum enim plene probabit, & omnes Juramenti judicialis effectus producet (§. 210. not. *i.*); Aut præſtitum eſt a Procuratore ſpeciali mandato inſtructo, ſed non conſentiente vel invito adverſario, & tanquam Juramentum judiciale omnibus numeris abſolutum probare haud poterit, quia partes in perſonalem illius præſtationem præciſe conſenſiſſe cenſentur; nihilominus tamen, quia eſt Juramentum verum & ſolenne, omniaque Juramenti eſſentialia habet, quæ tamen partes in conventione ſua potiſſimum reſpexiſſe cenſentur, *parum aberit a plena probatione, & major erit gradus, quam in caſu ſupra* (§. 215.) *recenſito, ubi DEus tanquam teſtis ſaltem invocatus ſupponebatur,* quia heic verum præſto eſt Juramen-

ramentum (*a*). Aut præſtitum eſt a Procuratore, nullo ſpeciali mandato inſtructo; & plane nihil operabitur, quia alius pro alio ſine ſpeciali mandato jurare nequit (*b*), & finis primarius hujus Juramenti ceſſat.

(*a*) Regulariter enim hodie & alia Juramenta per Procuratorem ſpeciali mandato inſtructum præſtari poſſunt. C. 3. 4. 6. X. de Juram. calumn. c. 2. §. 1. ibid. in 6to. Grave, in Diſp. de Jurejur. propter calumn. dando, c. 3. §. 8. Add. Ord. Camer. P. 1. tit. 20. §. Im Fall aber ꝛc. J. P. W. P. 1. tit. 26. §. Ehe aber ꝛc. pag. 117. Quæ ſanctiones, licet de Juramento calumniæ agant, hodie & ad reliqua Juramenta non excepta extenduntur, ſi ſcil. juſtæ cauſæ adſint, cur in perſona præſtari haud potuerint; habetur enim in foro pro vero & ſolenni Juramento, licet conſultius ſit, ſemper in perſona jurari. Add. B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 92. n. 187.

(*b*) Omnes enim cauſæ arduæ, quo & referuntur delationes & præſtationes Juramentorum, requirunt ſpeciale mandatum. Ill. Bœhmer, in Diſp. de cauſis arduis, c. 2. §. 23. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de procurat. §. 56.

§. 218.

Ordo, quo gradus probabilitatis, omiſſo uno vel altero Requiſito, ſeſe excipiunt.

Ex præmiſſis patet, tale Juramentum majori, quam ſemiplena probatione ſeſe commendare, deficientibus Requiſitis IV. VI. & VII. *Et quidem maxima probabilitate* & tantum non plena probatione *gaudet* 1.) *tale juramentum judiciale, in quo ſaltem Elevatio digitorum in maribus, vel eorum appoſitio ad pectus ſiniſtrum in fœminis, deficit. Minori* 2.) *probabilitate gaudet juramentum, non conſentiente adverſario, extra locum judicii, nec coram judice vel coram ejus Deputatis præſtitum*, quia hæc circumſtantia majorem habet influxum in finem hujus Juramenti, veritatem ſcil. revelandam, quam Elevatio digitorum. 3.) *Iterum minori probabilitatis gradu ſeſe commendat juramentum absque aviſatione præcedente præſtitum*, quia aviſatio juranti in mentem revocat actum, quem ſuſcepturus eſt, adeoque maximum & directum influxum in ipſum Juramentum habet, *aſt* 4.) *majori, quam in caſu, ubi hoc juramentum per procuratorem, licet ſpeciali mandato inſtructum, præſtitum fuit, absque adverſarii conſenſu*, quia prius omnes ſupponit reliquas ſolennitates externas, hoc vero poſterius revera omnibus deſtitutum eſt, cum, ſi recte conſideretur, proprie ſit Juramentum in ſcriptura præſtitum; ſolennitates enim hæ, quæ quippe ideo excogitatæ ſunt, ut jurans eo majori deliberatione ad Juramentum accedat, non a Principali obſervantur, adeoque in illo plane nullum uſum habent, ac perinde eſt revera, ac ſi plane non adhibitæ eſſent. Mutat hoc Juramentum formam ſuam, & incidit in Juramentum ſuppletorium

vel purgatorium, deficientibus Requiſitis I. III. & V. ita quidem, *ut* 1.) *plenum juramenti ſuppletorii effectum producat, & in cauſis non maxime arduis ſemiplenam probationem conſtituat, in caſu, ubi delatum fuit a perſona inhabili. Hac* 2.) *paulo minorem præſumtionem efficit idem juramentum in caſu, ubi DEus ſaltem in teſtem, non inſimul in vindicem, invocatus eſt*, quia deficit pars Juramenti eſſentialis, adeoque neque vim ſuppletorii, nec purgatorii, multo minus judicialis Juramenti habere poteſt; partes etenim non videntur fuiſſe conſenſuræ in Juramentum, cui pars Juramenti eſſentialis deeſſet; quia tamen utplurimum ſeria hæc invocatio DEI in teſtem inſimul involvit implicite ejusdem invocationem tanquam vindicis (*a*), adeoque proxime accedit ad verum Juramentum, ad minimum incidet in Juramentum ſuppletorium vel purgatorium non omnibus numeris abſolutum, & proxime ad ſemiplenam probationem accedet; *major itaque hoc caſu erit gradus probabilitatis, quam* 3.) *deficiente Requiſito tertio, ſi ſcilicet in cauſa matrimoniali contra matrimonium præſtitum ſit juramentum judiciale*, quia, per ſupra (§. 213.) deducta, tum hoc Juramentum producit præſumtionem ſemiplena probatione longe inferiorem. *Hac* 4.) *iterum minori probabilitate ſeſe commendat caſus, ſi ſaltem loco juramenti judicialis, aſſeveratio loco juramenti, vel promiſſio* an Eydes ſtatt, *uti vocatur, facta ſit*, quia hæc plane intentionem verum Juramentum præſtandi excludit (§. 215.), quæ tamen priori caſu præſto eſt (*b*). *Minima tandem* 5.) *probabilitate ſeſe commendat caſus, ſi plane nonniſi aſſeverationes aliæ, v. gr. per creaturas, ſubſecutæ ſint, vel ſtipulata, ut ajunt, manu, non in vim juramenti, aliquid promiſſum ſit*; quia heic plane omnis Juramenti forma deficit.

(*a*) At objici poſſet, ſi invocatio DEI tanquam teſtis implicite involvit etiam Ejus invocationem tanquam vindicis, cur dicimus, deeſſe Juramento partem eſſentialem? Nonne duo hæc, ſi concurrant, verum conſtituunt Juramentum? Sed reſp. expreſſe diximus, quandoque & utplurimum hanc invocationem Numinis Divini in teſtem etiam involvere Ejus Invocationem tanquam vindicis, quia ſcilicet heic ad intentionem jurantis reſpiciendum eſt, num ſcil. hic in jurando etiam vindictam Divinam ſibi propoſitam habuerit? quod certo aſſeverari nequit, niſi expreſſe etiam DEI tanquam vindicis mentio in Juramenti formula facta ſit. Hoc igitur ſi factum non ſit, nec tota Juramenti definitio in talem actum cadet. Add. Exc. Dn. D. Chriſtoph. Frid. Harpprecht, in ſæpe laud. Diſp. de Jurejur. ſcriptura præſtito, th. 7. not. 27.

(*b*) Nihilominus tamen quibusdam in caſibus & promiſſio loco jurisjurandi, Angelobung an Eydes ſtatt, producit vim Juramenti ſive ſuppletorii, ſive purgatorii, imo & judicialis integram, in cauſis ſcil. levioribus, quæ actualem Jura-

Juramenti præstationem haud suadent, ubi v. gr. saltem de parva summa aliquot florenorum sermo est; id quod in Liquidationibus in Concursibus Creditorum sæpe observari videmus. Add. B. Dn. D. Harpprecht, in Resp. 92. n. 28. 100. 110. 111. 116. 184. & passim.

§. 219.

De Juramentis dandorum & respondendorum.

Accedimus jam ad alteram Juramentorum speciem, qua, mediante Juramento, adversarii confessio extorquetur, adeoque, ubi Juramento absque aliis adminiculis plena fides tribuitur, scil. ad Juramentum, uti vocant, Respondendorum. Sæpe enim, si partes brevius sese expedire velint, factum suum redigunt in articulos, quos positionales vocant, ad quos adversarius respondere tenetur, utplurimum mediante Juramento respondendorum. Sedem habent hæ positiones potissimum in Jure Canonico (*a*); Differt enim hodiernus modus articulos positionales formandi a veteribus illis Interrogationibus in Jure factis, quæ actori ad instruendam actionem inserviebant, & ideo in Jure coram Prætore ante Litis Contestationem fiebant (*b*); Nostræ autem positiones, tanquam species probationis, regulariter, post Litis Contestationem saltem (*c*) & intra terminum probatorium (*d*) exhibendæ sunt; quo facto, adversario communicantur, eidemque certus terminus præfigitur, intra quem deliberare potest, num illas affirmare, num negare velit? quo elapso, citatur, & coram Judice vel ejus Commissario ad positiones respondere tenetur, prævio Juramento respondendorum (*e*), modo adversarius antea præstiterit Juramentum dandorum (*f*), quod scil. non frivole & vexandi adversarii gratia Juramentum respondendorum ab illo exegerit, & contenta in articulis pro veris habeat. Quodsi deinde illas affirmet, valent in vim confessionis, & Ponens intentionem suam plene probavit; sin neget, Ponenti integrum est, negatas positiones alio modo ordinario probare, si velit (*g*).

(*a*) Cap. un. X. de Lit. Contest. cap. 1. & 2. de conf. in 6to. cap. 3. de Jurejur. in 6to. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de interr. in Jure fac. §. 7.

(*b*) L. 4. §. 1. ff. de interr. in Jur. fac. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 1.

(*c*) B. D. Lauterbach, d. tit. §. 13. Add. Jus Prov. Wurt. P. I. tit. 28. §. wann nach Bevestigung des Kriegs 2c. pag. 119. Stryk, in Us. mod. d. tit. de interr. in Jur. fac. §. 48.

(*d*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 13. Magn. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicast. Wurt. vet. Edit. c. 14. §. 1.

(*e*) B. D. Lauterbach, d. l. § 15. Magn. Dn. D. Schœpf, d. l. §. 1. formula Juramenti Respondendorum exhibetur in J. P. W. P. 1. tit. 30. pag. 125.

(*f*) B. D. Lauterbach, d. l. §. 13. Magn. Dn. D. Schœpf, cit. loc. formula continetur in J. P. W. P. 1. tit. 28. pag. 121.

(*g*) Grave, in ſæpe cit. Diſp. de jurejur. propter calumn. dando, c. 7. §. 1. in fin. Celeb. Leyſer, in ſpec. ad ff. 135. n. 4.

§. 220.

Requiſita Juramenti Reſpondendorum.

Ex præmiſſis Requiſita Reſponſionis ad articulos poſitionales per ſe fluunt; requiritur enim Imo, *ut Ponens poſt Litis Conteſtationem*, IIdo, *intra terminum probatorium*, IIItio, *adverſario petente*, *Juramento dandorum præſtito*, IVto, *Articulos poſitionales exhibeat: ad hos* Vto *adverſarius, quem vulgo DDres* den *Ponat*en *appellitant, intra terminum præfixum reſpondeat*, *& quidem*, *ſi velit Ponens*, VIto *ſub Juramento Reſpondendorum* (§. 219.), *quod Juramentum reſpondendorum* VIImo *non ſolum formam Juramenti internam, verum etiam* VIIIvo *externam habere debet.* Nihilominus tamen haud facile heic probabilitas juridica ſeſe exſerit. Aut enim Reus Articulos poſitionales affirmavit, aut negavit. Si affirmavit, præſto erit confeſſio, ſufficiens ad condemnandum, licet Ponens neque Juramentum dandorum, neque adverſarius, ſive der Ponat, Juramentum reſpondendorum præſtiterit; incidet itaque caſus in confeſſionem judicialem, & ejus effectus producet, cum eaque ex pari judicandus erit; hinc & ea, quæ ſupra de confeſſione judiciali dicta ſunt, huc ſpectant, omnesque caſus, in quibus illa probabilitatem quandam juridicam efficit, & huc referendi ſunt (*a*). Sin Reus articulos negaverit, & quidem ſub Juramento reſpondendorum, nec terminum contumaciter neglexerit (*b*), probare poterit Ponens intentionem ſuam alio modo ordinario (§. 219. not. g.), ſed probatio eſſe debet ordinaria probatione major, quia tunc præſtitum Juramentum reſpondendorum non plane nullius efficaciæ eſt, & præſumtionem quandam, quæ prope accedit ad ſemiplenam probationem (*c*), pro jurante efficit, quæ adverſarii ſive Ponentis probatione elidenda eſt. Et quia hoc caſu Juramentum reſpondendorum incidit in purgatorium, etiam caſus illi & gradus probabilitatis, quos purgatorium, uno vel altero forte requiſito deficiente, producit, & qui mox explicandi erunt, huc quadrabunt (*d*).

(*a*) Sin adverſarius ante Litis Conteſtationem, quod tamen contra ordinem proceſſus eſt, ad articulos poſitionales forte ex ignorantia Judicis & partis reſponderit, confeſſio erit in Jure facta, & Executioni ſtatim absque prævia ſententia condemnatoria vel abſolutoria locum faciet. B. D. Lauterbach, in tit. de confeſſ. §. 16.

(*b*) Sin

(*b*) Sin is, contra quem Articuli positionales producti sunt, sive der Ponat, terminum contumaciter neglexerit, Articuli habentur pro affirmatis in contumaciam. Stryk, in Us. mod. tit. de interr. in Jur. fac. §. 59. sqq. B. D. Lauterbach, in Coll. eod. tit. §. 15.

(*c*) In causa enim non admodum ardua Juramentum partis constituit communiter semiplenam probationem, & quidem suppletorium illam supplet, B. D. Lauterbach, in Tract. Synopt. de Juram. necess. §. 6. n. 94. & 95. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 61. n. 65. sqq. purgatorium eandem elidit, C. 3. §. ult. X. de probat. L. 188. ff. de R. I. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 27. n. 115. B. Dn. D. Sam. Stryk, in Disp. de morte loco jurisjur. c. 2. §. 9. adeoque utroque casu efficit gradum probabilitatis semiplenæ probationi æqualem.

(*d*) Quandoque etiam, si alia adminicula concurrant incidere potest hoc Juramentum Respondendorum in Juramentum suppletorium, si articuli contineant factum, quod & Reo probandum incumbit, v. gr. Exceptionem Rei sive des Ponaten concernant, licet cautus Advocatus non facile ita concipiat Articulos, ut Rei Exceptiones contineant, cum illas probare superfluum sit; Reus enim excipiendo fit actor, & exceptiones suas ipse probare tenetur, L. 19. ff. de probat. L. 4. C. de edend. adeoque, si Exceptionem suam non probaverit, condemnatur.

§. 221.

Progredimur ad Juramenta, quæ per se plenam probationem haud constituunt, suppletorium scil. & purgatorium. Et primo loco quidem de Juramento suppletorio agendum erit. Defert hoc Juramentum Judex (*a*) illi, qui intentionem suam ad minimum semiplene probavit (*b*), sive actori, sive reo (*c*), modo sit integræ famæ, & habilis; hinc jurans debet esse, sicut testis, omni exceptione major (*d*); & quidem propter inopiam reliquarum probationum (*e*), adeoque regulariter nonnisi post Litis Contestationem deferri potest; quia tamen defertur a Judice, cui nunquam concluditur in causa, nihil interest, sive ante sive post causæ conclusionem deferatur (*f*), imo quandoque in sententia demum definitiva defertur (*g*). Ex præmissis patet, *Juramentum suppletorium esse Juramentum litis decisorium, quod Judex alteri ex litigantibus ad semiplenam probationem confirmandam defert* (*h*). De Juramento suppletorio.

(*a*) L. 31. ff. L. 3. C. de Jurejur.
(*b*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de jurejur. §. 74. Idem, in Tract. Synopt. de Juram. necess. §. 6. n. 94. & 95. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 61. n. 65. seqq. & DD. passim.
(*c*) B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 76.
(*d*) Constituitur enim talis testis in propria causa. L. ult. C. de fideic. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 11. n. 24. & Cons nov. 23. n. 45. & passim. Hinc, quin æque, imo magis, quam testis, idoneus esse debeat, per se patet. Add. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 11. n. 25. & d. Cons. nov. 23. n. 58. sqq.

(e) L. 3. C. de R. C. & Jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 74. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 23. n. 42. & Cons. nov. 61. n. 67.

(f) Arg. L. 21. ff. de interr. in jur. fac. Gail, lib. 1. obs. 98. n. 4. & 5. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 73.

(g) Idem Lauterbach, in Coll. d. l. §. 75.

(h) Idem, d. l. §. 72.

§. 222.

Requisita Juramenti suppletorii.

Non solum igitur in Juramento suppletorio desiderantur Requisita illa omnia Juramenti judicialis, supra (§. 210.) recensita, præter primum, quia hoc nostrum a Judice, non a parte defertur; sed & illis accedunt adhuc sequentia: Imo, *ut Judex deferens sit habilis, i. e. competens*, IIdo, *ut idem juramentum deferat post Litis Contestationem*, & IIItio, *ut jurans sit persona idonea, &, sicuti testis, omni exceptione major.* Hinc jam de gradibus probabilitatis erit dispiciendum.

§. 223.

Conferuntur inter se gradus probabilitatis ex omissione unius vel alterius Requisiti oriundi.

Cum omnia Requisita Juramenti judicialis supra (§. 210.) dicta etiam desiderentur in hoc suppletorio, præter Imum (§. 222); facile intelligitur, uno vel altero remoto, gradum probabilitatis comparative eundem esse, quem supra (§. 218.) determinavimus, & eodem ordine casus & heic sese invicem excipere, ita tamen, ut casus 4. priores, qui in Juramento judiciali majorem semiplena probatione probabilitatis gradum constituebant, in suppletorio eadem paulo minorem efficiant, sed tamen ad semiplenam probationem, uti in judiciali ad plenam, accedant: reliqui autem quatuor casus, excepto Imo, qui scil. saltem in Juramentum judiciale quadrat, semiplena probatione longe inferiorem constituant probabilitatis gradum. Adeoque jam de tribus illis (§. 222.) recensitis requisitis dispiciendum est, & investigandum, quantus, omisso uno vel altero, redundet probabilitatis gradus, in comparatione cum modo dictis. Ponamus Imo, Juramentum delatum fuisse a Judice incompetente, & illud nullum erit (a), adeoque suppleri debet, si fieri possit, vel necessitas id postulet, a competente; sin minus suppleri possit, *coincidet cum casu illo* IIdo (§. 218.) *dicto, ubi juramentum extra judicium præstitum esse supponebatur; persona enim deferens in ipsius juramenti suppletorii veritatem per se nullum habet influxum, sicut & locus, adeoque hoc casu parum veritati facti detrahitur*, imo utplurimum, qui deferente Judice incompetente, quem pro competente habebat, jurat, eadem reveren-

tia

tia ad præstationem ipsius Juramenti accedit, qua accedit, si delatum sit a Judice competente, *adeoque hoc casu majori probabilitatis gradu tale juramentum sese commendat*, *quam extra locum judicii præstitum*, qui quippe locus quandoque, licet per accidens, influxum in animum jurantis habere potest. Ponamus porro, hoc Juramentum ante Litis Contestationem delatum fuisse; *& minimum ipsi rei veritati detrahetur*, *quia nulla est ratio*, *cur jurans ante Litis Contestationem minus veritatem revelaverit*, *quam post illam*, & ratio, cur regulariter hoc Juramentum post Litis Contestationem demum præstandum sit, saltem in meliori processus ordine posita est, nec plane in ipsa materialia causæ influxum habet; *majori itaque hoc casu probabilitate gaudet juramentum hoc suppletorium*, *quam si Elevatio digitorum omissa sit*; quia quandoque jurantes multum efficatiæ hujusmodi Ceremoniæ tribuunt, ad quorum tamen animum in determinando probabilitatis gradu heic potissimum respiciendum est. Quodsi denique in persona jurante, quæ quippe, sicut testis, omni exceptione major esse debet, deprehendatur defectus, *idem hoc casu producetur probabilitatis gradus*, *quem producit testimonium testis non omni exceptione majoris*, *pro gradu scilicet habilitatis & gravitate defectus*; de quo vid. supra (§. 151. seqq.) in genere enim heic non facile aliquid determinari potest; aliquando enim defectus adeo levis est, ut parum vel nihil efficaciæ hujusmodi testimonio detrahat; aliquando autem tanti momenti est, ut in veritatem facti maximum habeat influxum.

(*a*) A Judice enim incompetente gesta ipso jure nulla sunt. B. Dn. D. Harpprecht, Resp. 36. n. 75. seqq. & Resp. 38. n. 92. seq.

§. 224.

Sequitur denique adhuc Juramentum purgatorium, quo suspicionibus gravatus, id, quod sibi objicitur, falsum esse asseverat, atque sic innocentiam suam ostendit (*a*). Dicitur & Jure Canonico Purgatio canonica, in oppositione ad Purgationem vulgarem (*b*), quæ olim, præsertim in Germania, frequens erat, v. gr. per ferrum candens &c. quæ tamen barbaries nostris seculis politioribus exolevit. Defertur hoc Juramentum etiam a Judice existentibus suspicionibus, quæ tamen ex altera parte Juramento suppletorio locum non faciunt (*c*), utplurimum Reo, interdum vero etiam Actori ratione Exceptionis (*d*), modo persona sit habilis, in omnibus causis, etiam criminalibus (*e*), licet, si ad

De Juramento purgatorio.

pœnam

pœnam capitalem agatur, ei non facile locus concedatur, propter metum perjurii: in loco judicii (*f*): &, præſtitum, locum dat abſolutioni plenariæ (*g*), licet probatio in contrarium non omnimodo excludatur (*h*).

(*a*) C. ult. X. de Jurejur. C. 8. X. de Purg. canon. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Jurejur. §. 44.

(*b*) Tot. tit. in Jur. Can. X. de Purgat. can. Cel. Heineccius, in Elem. Jur. Germ. L. 3. tit. 6. §. 228. ſeqq.

(*c*) d. C. ult. X. de jurejur. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 47.

(*d*) L. ult. §. 5. C. de jur. dom. impetr. Avth. novo Jure. C. de pœn. jud. qui male jud. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 48.

(*e*) C. 1. & C. 11. X. de purg. can. C. 6. X. ibid. D. Lauterbach, ibid. §. 49.

(*f*) Ord. Cam. P. 2. tit. 10. Lauterbach, ibid. §. 50.

(*g*) C. 8. X. de purg. can. C. 10. X. ibid. Ord. Cam. d. tit. 10. §. und ſo er ſolch ꝛc.

(*h*) Arg. L. 31. ff. de jurejur. Ord. Cam. d. l. Lauterbach, ibid. §. 51.

§. 225.

Ejus Requiſita, & probabilitatis gradus inde reſultantes.

Requiſita coincidunt fere cum Requiſitis Juramenti ſuppletorii, ſupra (§. 222.) recenſitis, adeoque etiam eodem modo heic ſeſe exſerere poteſt probalitas juridica, quæ tamen ideo in Juramento purgatorio non magnæ utilitatis eſt, quia, ſi actor non probaverit, reus abſolvendus eſt, licet hic plane nihil probaverit (*a*); & ſi is, cui Juramentum purgatorium delatum fuit, illud præſtiterit, modo a Judice delato, non eſt in culpa, quod tale Juramentum recte præſtitum haud ſit, adeoque heic illi nihil poteſt imputari, hinc & omnino abſolvendus erit, æque ac ſi hoc Juramentum more ſolito præſtitiſſet, poſito ſcilicet, hoc Juramentum repeti non poſſe, ſi is, qui illud præſtitit, forte mortuus ſit; nullus igitur hic probabilitati juridicæ, quoad effectum, conceditur locus.

(*a*) L. 2. C. de probat. L. 4. C. de edend. L. 9. C. de except. B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 11. n. 91. & Reſp. 60. n. 1011.



CAPVT III.

CAPUT III.

PARS II.

SECTIO V.

DE PROBATIONE PER OCULAREM INSPECTIONEM.

§. 225.

Pertractatis jam quatuor illis modis probandi, Capiti huic finem imponere possemus, nisi inter scribendum nobis in mentem veniret alius probandi modus, quo Judici proprie non per alios, sed per proprios sensus, fides fit, h. e. Ocularis Inspectio; de qua paucis adhuc agendum est. *Dicitur ocularis Inspectio actus judicialis, quo Judici de re dubia vel facto controverso, per ejus aspectum & proprios sensus, fit fides* (*a*). De inspectione legali & oculari.

(*a*) Conf. Scheinemann, in Disp. de oculari Inspectione, vom Augenschein, th. 4.

§. 226.

Dicitur & aspectus, præsens aspectus, localis Inquisitio, indagatio, Experimentum oculare, intuitiva probatio, demonstratio ocularis, probatio perspectiva &c. (*a*).

(*a*) Scheinemann, in d. Disp. th. 3.

§. 227.

Locum habet hæc Inspectio vel in causis criminalibus, præsertim in homicidio, ubi de lethalitate vulneris constare debet, vel in causis civilibus. De priori casu nobis ideo heic sermo non est, quia singularia habet requisita (*a*), quæ, omissa, ita nullam reddunt hanc inspectionem, ut plane ad ultimum supplicium deveniri nequeat (*b*), nisi vulnus *absque dubio* habeatur pro absolute lethali (*c*), adeoque hoc casu nec inde redundet gradus quidam probabilitatis supplendus, nisi forte Medico vel Chirurgo non adhibito minorem redundare gradum probabilitatis dixeris, quam si judex vel scriba juratus non accesserit, adeoque hoc casu posteriori majorem decernendam esse pœnam extraordinariam affirmaveris, quam priori, quia periti in arte de lethalitate vulneris majori probabilitate deponere possunt, quam Judex, adeoque major adest probabilitas, homicidium perpetratum esse, quam si Judex solus ita senserit, qui quippe ideo saltem præsens esse de- Locum habet vel in criminalibus, vel in civilibus.

 bet,

bet, ut videat, an Medici legaliter procedant, adeoque non, ut ipſe de lethalitate vulneris judicium ferat, nec ut perſona principalis (*d*). Uno verbo, *quo magis dubium redditur corpus delicti, uno vel altero requiſito omiſſo, eo minor redundat ex tali inſpectione probabilitatis gradus, eoque levior decerni poteſt & debet pœna extraordinaria.* Nobis heic loci potiſſimum brevitatis cauſa de Inſpectione oculari in cauſis civilibus ſermo eſt.

(*a*) Ord. Crim. Carol. art. 14. & art. 149. ibique DDres add. Reſcript. Gen. & Würtemb. de Anno 1656. dd. 10. Januar. & Lauterbach, in Differ. Jur. Civ. & Württ. in Caus. Crim. th. 12. n. 30. ubi quasdam differentias inter Jus Commune & Würtemb. aſſignat.

(*b*) Carpzov, in Prax. Crim. P. 1. qu. 26 n. 32. & 50. Scheinemann, in d. Diſp. th. 9. Magn. Dn. D. Schœpf, in Dec. 83. n. 1. & DDres paſſim.

(*c*) Magn. Dn. D. Schœpf, d. Dec. 83. n. 2. ſqq. & B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 21. n. 38. ſqq. & Reſp. 36. n. 87. ſqq.

(*d*) Idem B. Dn D. Harpprecht, in dict. Reſp. 21. n. 11. ſq.

§. 228.

Requiſita Inſpectionis ocularis in cauſis civilibus.

Ante omnia itaque Requiſita Inſpectionis ocularis, ejusdemque ſolennis, determinanda ſunt. Quandoque enim non tantis ambagibus opus eſt, in cauſis ſcilicet, quæ facile cujusvis ſenſibus obnoxiæ ſunt; in hisce enim, modo certo de facto conſtet, vel & Judex ipſe in rem præſentem iverit, absque ulterioribus ambagibus poterit ſententiam ferre; ſic in caſu ſupra (§. 227.) recenſito, ſi aliunde de abſoluta vulneris lethalitate conſtet, non opus eſt ſolenni illa inſpectione, ſed Judex nihilominus pœnam ordinariam decernere poteſt (§. 227. not. c.); licet ſemper melius & tutius agat, ſi nihilominus inſpectionem legalem inſtituat. Sin vero res ſit paulo altioris indaginis, nec quorumvis oculis ſtatim obvia, vel & cum arte certa connexionem habeat, omnino ſolennis requiritur inſpectio, quæ ſequenttbus abſolvitur communiter requiſitis: I^mo^, *ut fiat a Judice competente*, cui quippe probatio omnis fieri debet (*a*); II^do^, *ut fiat regulariter poſt Litis Conteſtationem*, non ante illam, quia nulla probatio ante Litis Conteſtationem admittitur (*b*), poſt illam vero ſemper inſpectio fieri poteſt, etiam poſt probationem jamjam finitam, vel & poſt concluſionem in cauſa (*c*), imo quandoque & in ipſa executione (*d*), quia omnium probationum firmiſſima, validiſſima & optima dicitur (*e*), & per illam adverſarii injuria ſtatim & in continenti demonſtrari poteſt; III^tio^, *citatis partibus* (*f*), IV^to^, *adhibitis artis peritis, non uno ſaltem*, quippe quod periculoſum dicitur

tur in jure (*g*), *ſed pluribus*, &, niſi in negotio quodam ſpecialiter plures deſiderentur (*h*), ſufficiunt duo, ſi haberi poſſint; tales autem adhibendi, qui artem quandam legitime didicerunt, & profitentur publice (*i*); ſin certi conſtituti ſint, ſicut utplurimum in bene conſtitutis rebus publicis ad ſingula negotia expreſſe certi periti jurati conſtitui ſolent, hi præ reliquis adhibendi ſunt (*k*); Vto *Juratis* (*l*), VIto *omni exceptione majoribus* (*m*), VIImo *hi artis periti in rebus, quæ non immediate in ſenſus cadunt, ſed ratiociniis demum evolvi debent, addere debent rationes aſſertorum ſuorum* (*n*); VIIIvo *requiritur præſentia Judicis vel ejus Commiſſarii* (*o*), & IXno *Secretarii vel actuarii jurati* (*p*). Diverſa tamen diverſis in locis heic deſiderantur requiſita (*q*), quæ heic ſingula ſpeciatim exprimi nequeunt, quæ tamen, ſi omiſſa ſint, quantum ipſi facti veritati detrahant, Candidus Lector, ex antecedentibus partim, partim vero ex mox deducendis, facile poterit dijudicare.

(*a*) L. 12. ff. de probat. L. 5. L. 19 C. de teſt. Scheinemann, in d. Diſp. de Ocul. Inſpect. th. 6.

(*b*) Scheinemann, c. l. Magnif. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicaſt. Würt. vet. edit. c. 16. §. 1.

(*c*) Scheinemann, d. l. th. 8. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 51. §. Beweiſung durch Augenſchein. fol. 157. & ibi Plebſt, Diſp. 1. th. 115.

(*d*) Scheinemann, d. l. th. 8. & ibi alleg. Rutg. Rulandus, de Commiſſ. P. 2. L. 3. c. 1. n. 13.

(*e*) Gail, lib. 1. obſ. 26. n. 9. Scheinemann, in d. Diſp. th. 48.

(*f*) Arg. L. 3. C. fin. Regund. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 51. d. §. Beweiſung durch Augenſchein. fol. 157. verb. darzu doch dem Gegentheil jederzeit auch zu verkünden. Hochfürſtl. Würtemb. Hofgerichts-Ordn. P. 3. tit. 18. §. 1. & 8. & P. 3. tit. 20. §. 2. Hochfürſtl. Würtemb. Bau-Ordn. p. 9. in fin.

(*g*) Scheinemann, in d. Diſp. th. 18. ibi alleg. Lauterbach, in Differ. jur. Civ. & Wurt. in cauſ. crim. th. 12. in fin.

(*h*) Hujusmodi caſus aliquot recenſet Scheinemann, d. l. th. 18. ex L. 1. pr. ff. de ventre inſpic. d. L. 1. §. 10. ff. ibid. add. Ord. Crim. Carol. d. art. 149.

(*i*) Scheinemann, c. l. §. 15. Hochfürſtl. Würtemb. Landes-Ordn. tit. 55. §. 2.

(*k*) Scheinemann, d. Diſp. th. 17. licet præciſe nullitas non ſit, ſi alii adhibeantur, nec ideo talis inſpectio effectum plenæ probationis amittat.

(*l*) Carpzov, in Jurisprud. For. P. 1. Conſt. 22. Def. 12. Scheinemann, d. l. th. 20. add. Jus Prov. Wurt. P. 1. tit. 43. §. So die Parthien. fol. 147. verbis: die geſchwohrene, doch der Sachen unverwandte, Leib- und Wund-Aerzte ꝛc. ꝛc. Sufficit tamen juramentum generale ante præſtitum. Pacianus, de probat. L. 1. c. 47. n. 21. inprimis n. 24. ſqq. Carpzov, in Prax. Crim. P. 1. quæſt. 26. n. 40. Quoad praxin autem Dicaſterii Wurtembergici non ſufficit generale illud juramentum, ſed in ſingulis actibus artis periti vel judici fidem & diligentiam mediante aſſeveratione loco jurisjurandi promittere, vel & partibus petentibus

corporale desuper juramentum præstare tenentur. Würtemb. Hofgerichts-Ord. P. 3. tit. 20. §. 2. & P. 1. tit. 9. circa fin. Scheinemann, d. l. th. 20.

(m) Arg. Cap. 54. X. de test. Scheinemann, d. l. th. 13. & 17.

(n) Idem Scheinemann, d. Disp. th. 19.

(o) Regulariter & de Jure Civili Inspectio fieri debet ab ipso Judice; Rutger. Rulandus, de Commiss. P. 1. L. 1. c. 1. Ord. Crim. art. 149. Jure autem Canonico, arg. Clem. un. de Off. Jud. deleg. & moribus hodiernis, testeque Scheinemano, in d. Disp. th. 10. hæc potestas etiam Commissario concedi & committi potest. add. Magn. Dn. D. Schœpf, in Proc. Dicast. vet. edit. c. 16. §. 1.

(p) Rutg. Rulandus, d. l. P. 2. L. 3. c. 10. Scheinemann, in cit. Disp. th. 27.

(q) Sic, quid requiratur in supremo Dicast. Wurt. ad inspectionem solennem? vid. Ord. Dicast. P. 3. tit. 18. §. 3. Magnif. Dn. D. Schœpf, in d. Proc. Dicast. Wurtemb. c. 16. §. 1.

§. 229.

Quinam gradus probabilitatis prodeant, uno vel altero requisito omisso?

Quodsi igitur repeti queant hæc requisita, & res adhuc integra sit, quin repeti debeant, extra dubium est; nobis autem de casu quæstio est, ubi non amplius repeti possunt; & hinc quæritur, qualem & quantum probabilitatis gradum producat talis inspectio, uno vel altero Requisito omisso? *Minimum fidei Rotuli derogare, si deficiat secundum Requisitum, h. e. si inspectio legalis ante Litis Contestationem suscepta sit, ex eo statim patet, quia nulla ratio est, cur inspectores minus veritatem dixerint, vel dicere voluerint ante Litis Contestationem, quam post illam;* plane nullum enim in ipsam rei veritatem, tanquam finem probationis, influxum habet tempus, quandocunque probatio suscepta sit; Ratio enim, cur probatio post Litis Contestationem demum peragenda sit, hæc est, ne superflua probentur, quia ante Litis Contestationem nondum constat, quid Reus affirmaturus, quid negaturus sit? Atqui vero superflua heic non nocent; quodsi enim quis plura probaverit, quam debebat, omnino magis finem probationis consecutus est, quam debuisset, ad minimum æque finem attigit, ac si superflua omisisset; nulla igitur est ratio, cur minus vincere debeat, quam alius, qui non plus probavit. Conf. (§. 130. & 137.). *Plus fini probationis detrahitur, omisso Requisito tertio, Citatione scil. partium;* ratio enim, cur hæc desideretur, est, ut partes certiores reddantur & videant, omnia fideliter peragi; *quæ ratio omnino majorem in finem probationis influxum habet, quam tempus probationis* (§. 130. & 137.), *ast minorem, quam omisso Requisito nono, si forte actuarius juratus adhibitus non sit*, sed ejus loco vel Judex, sive ejus Commissarius, vel & unus ex artis peritis juratis, Protocollum conscripserit (a); cum enim hi supponantur jamjam juramento adstricti

ſtricti eſſe, omnino quidem fidei Protocolli non multo plus derogatur, ac ſi ipſe actuarius præſens fuiſſet, aſt plus tamen eidem derogatur, quam ſi partes non ſint citatæ, quia hoc poſteriori caſu plures perſonæ juratæ ſupponuntur præſentes eſſe, quam priori caſu, quo una perſona deficit, actuarius ſcilicet, & Judex inſpectionem continuare poteſt, licet partes non compareant. *Minori probabilitatis gradu ſeſe commendat caſus, quo Requiſitum primum ſupponitur deficere, ſcil. quando inſpectio a judice haud competente fuit ſuſcepta.* Cum enim Judex in illis, quæ ad ejus forum non ſpectant, proprie judex non ſit, omnino magna auctoritatis pars, & major quidem, quam ſi actuarius ſaltem deficiat, hujusmodi inſpectioni detrahitur, ſi judex fuerit incompetens; quia tamen nihilominus hujus præſentia directe nullum in finem probationis habet influxum, & judex incompetens ob munus publicum, cui præeſt, & jusjurandum præſtitum, omnino multo majorem fidem meretur, quam privatus; eo minus judicis incompetentia fidei hujusmodi inſpectionis detrahit, quia aliquot artis peritorum teſtimonium ad minimum plus quam ſemiplenam probationem efficere deberet, ſi & hi ſoli actui interfuiſſent, licet ſaltem de credulitate teſtimonium perhibeant; ex anal. eorum, quæ ſupra occaſione comparationis literarum, (§. 198. & 201.) deducta ſunt; *adeoque judicis & actuarii, licet incompetentium, præſentia hujusmodi inſpectioni omnino gradum probabilitatis ſemiplena probatione adhuc longe majorem addit.* Ex his porro patet, licet 4. hæc Requiſita hactenus recenſita, quæ quippe ſaltem ad formam inſpectionis externam pertinent, nec directe in ipſam facti veritatem, tanquam finem omnis probationis, influxum habent, omnia removeantur, gradum tamen probabilitatis manere nihilominus ſemiplena probatione ſuperiorem, modo ad minimum duo artis periti adhibiti ſint, & hi unanimiter deponant de facti hac vel illa qualitate; quo minori tamen certitudine de illa deponunt, eo plus etiam facto probabilitatis decreſcit, &, *ſi de ſententia ſua aliquatenus hæſitent, & cum formidine oppoſiti deponant, producent gradum probabilitatis ſemiplenæ probationi æqualem, vel &, ſi dubium gravius ſit, hac minorem;* ſicut ſupra (dict. §. 198. & 201.) de comparatione literarum demonſtratum fuit.

(*a*) Secus res ſeſe habet, ſi plane privatus & injuratus Protocollum conſcripſerit, & heic diſting. an forte Inſpectores huic protocollo ſubſcripſerint? & pari paſſu ambulabit cum protocollo ab Actuario ordinario conſcripto; ad minimum

non multum gradu ab illo differet, quia finis probationis æque obtinetur, an non subscripserint? & vid. supra (§. 156.).

§. 230.

Quantus gradus remaneat deficientibus requisitis IVto, Vto & VIto?

Deficientibus igitur 4.) requisitis supra (§. 229.) recensitis, remanet probabilitatis gradus semiplena probatione major; *At vero jam, deficientibus Requisitis quarto & quinto, gradus probabilitatis ex tali inspectione oriundus semiplena probatione longe inferior est, & quandoque vix adtendendus.* Cum enim præsentia duorum artis peritorum gradum probabilitatis semiplena probatione majorem constituat; *facile patet, si forte unicus saltem adhibitus sit, & reliqua requisita* §. *anteced. recensita deficiant, gradum probabilitatis inde oriundum semiplena probatione minorem esse; sin cetera omnia paria sint, & causa ita comparata sit, ut omnium oculis pateat, nihilominus plene probat inspectio* (§. 228.); *si nonnisi periti in arte de illa judicare queant, probabit forte semiplene, & si plane nullus adhibitus sit, & nemo, nisi judex forte ipse inspectioni interfuerit in causa, quæ non cujusvis oculis obvia est, vel artem quandam peculiarem concernit, gradus probabilitatis producitur adeo exiguus, ut vix ac ne vix quidem adtendi mereatur; Unius tamen forte artis periti jurati testimonium præferri duorum non juratorum* (§. 135.), *contra vero testimonium artis periti, licet non jurati, præferri tamen judicio imperiti alicujus &c* (*a*), *facile intelligitur.*

(*a*) Alii adhuc, occasione adhibitionis artis peritorum eorumque qualitatis, oriri possunt gradus probabilitatis, si forte circa Requisitum sextum aliquid desideretur, h. e. si non sint omni exceptione majores, hæc tamen quæstio ex illis, quæ supra de testibus dicta sunt, facile poterit resolvi, nisi quod hoc casu defectus semper fidei inspectionis plus deroget, quam in teste, quia & duo artis periti soli nondum tamen constituunt plenam probationem (§. 229.), sicuti depositio duorum testium, adeoque etiam pro rata heic singulis probabilitatis gradibus ibi recensitis, aliquid decrescit.

§. 231.

Et tantum de determinatione graduum probabilitatis; jam & accedimus ad effectus probabilitatis juridicæ, & ejus applicationem, de qua Cap. seq. jam paucissimis adhuc erit dispiciendum.



CAPVT IV.

CAPVT IV.
DE EFFECTV, VSV ET APPLICATIONE PRAESVMTIONVM.

§. 232.

Præſumtiones communiter a DDbus diſpeſci in Præſumtiones Juris & de Jure, Juris tantum & hominis ſeu facti, ſupra (§. 42. ſeqq.) pluribus demonſtravimus. Hinc & de ſingularum effectu & applicatione ſpeciatim, ſed breviſſimis, jam agendum erit, eumque in finem quædam Regulæ tradendæ erunt, quæ facile in caſibus obvenientibus poterunt applicari. Tranſitus.

§. 233.

Quantum igitur primo loco adtinet Præſumtiones Juris & de Iure, cum hæ adeo pro veritatibus habeantur juridicis, ut omnis excludatur contrarii probatio: qualem in foro effectum producant? facile & per ſe patet; ita enim habentur pro veris, ut adverſarius, ſi vel maxime contrarium probare velit, non audiatur (a), ſed pro tali, qui Præſumtionem Juris & de Jure pro ſe habet, abſolute pronunciari debeat. Hinc Regula: *Pro illo, qui Præſumtionem juris & de jure pro ſe habet, ſemper pronunciandum eſt* (b). Regula pro præſumtionibus juris & de jure.

(a) Præſumtionem quidem Juris & de Jure per confeſſionem adverſarii, in cujus gratiam talis præſumtio inventa eſt, tolli, plures ſtatuunt DD. Inter quos & referendus eſt Menochius, Tract. de præſumt. L. 1. quæſt. 61. n. 1. ſqq. item Alciatus, de præſumt. in princ. P. 2. n. 1 - 5. aliique complures. Nec mirum eſt, circa hancce quæſtionem ſeſe torquere illos, qui & ejusmodi juris præſumtiones, quæ violentæ dicuntur, & quibus elidendis majoribus probationibus opus eſt, ad præſumtiones juris & de jure referunt; cum enim in LL. ſæpe has adverſarii confeſſione elidi videant, omnino Regulam, quod hujusmodi præſumtiones contrarii probationem reſpuant, variis modis limitare, & confeſſionem excipere debent. At, illis, qui genuina exempla præſumtionum juris & de jure a ſpuriis probe ſecernunt, tantis ambagibus haud opus eſt; hi enim contra præſumtionem juris & de jure genuinam, & proprie talem, nullam plane probationem, & ne confeſſionem quidem admitti intrepide ſtatuunt, quæ quippe etiam materiæ probationum, tanquam ſpecies, accenſenda eſt. Celeb. Leyſer, in ſpec. ad ff. 260. n. 5. Obſtare videtur caſus Rei judicatæ, de quo conſtat, quod quandoque contrarii probationem, per Inſtrumenta noviter reperta, admittat; L. 1. ff. de in integr. reſtit. L. 7. §. 3. in fin. L. 24. §. 1. in fin. L. 44. ff. de minor. 25. ann. Carpzov, in Jurisprud. For. P. 1. Conſt. 26. Def. 23. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Re jud. §. 26. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. 70. n. 380. ſqq. ſed ex ipſis locis allegatis apparet,

apparet, hoc directo fieri non posse, sed hujusmodi probationem saltem restitutioni in integrum locum dare, quo ipso hac in re jus strictum correctum esse intelligitur, adeoque proprie hunc casum præsumtionibus juris & de jure hodie amplius accensere nollem, quia præsumtio juris & de jure probationem contrarii non admittit.

(*b*) Mascardus de probat. vol. 1. quæst. 10. n. 48. Menochius, de præsumt. L. 1. quæst. 3. n. 17. Pacianus, de probat. L. 1. c. 11. n. 2. B. D. Lauterbach, in Coll. tit. de probat. & præsumt. §. 44. Celeb. Bœhmer, in Disp. de Collis. præsumt. c. 1. §. 5. p. m. 8. Leyser, d. spec. ad ff. 260. n. 7. ubi præjudicium Consistorii Magdeburgici adfert, quod marito, qui, post adulterium ab ejus uxore commissum, cum hac concubuerat, actionem ad divortium denegavit, licet uxor in singulari scriptura confessa fuerit, maritum non aliter, quam sub expressa protestatione, quod coitus ille hanc actionem haud excludere deberet, secum rem habuisse.

§. 234.

Regula pro præsumtionibus juris.

Præsumtiones juris, per definitionem (§. 51.) datam, sunt, quibus Lex aliquid pro vero habet, tamdiu, donec, per ordinariam probationem, contrarium probetur. Sunt igitur loco veritatum, si quidem ita loqui liceat, interimisticarum, *& in dubio pro illo, qui tali præsumtione nititur, pronunciandum est* (*a*), licet forte adversarius aliquid, sed non plene, probaverit; ad elidendum enim hunc probabilitatis gradum, ad veritatem juridicam proxime accedentem, omnino opus est majori probabilitatis gradu, hoc est, veritate juridica ipsa (*b*); imo quandoque & majoribus probationibus opus est, quam ordinariis, si præsumtio juris sit violenta, & Lex ad illam diluendam majores exigat probationes; cujus rei exempla supra Cap. II. aliquot recensuimus (*c*).

(*a*) L. 23. pr. ff. quod metus causa. L. 30. pr. C. de inoffic. testam. L. 16. C. de probat. L. 24. ff. de probat. Cap. 3. X. de procur. Cap. un. X. ut Eccl. benef. sine dimin. Confer. Menochius, de præsumt. L. 1. quæst. 33. n. 2. sq. B. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de probat. & præsumt. §. 44. Celeb. Bœhmer, in d. Diss. de Collis. præsumt. c. 2. §. 13. & DD. passim.

(*b*) Menochius, d. Tract. de præsumt. L. 1. quæst. 32. n. 4. Ill. Bœhmer, c. l.

(*c*) Hinc huc quadrant illa, quæ de præsumtione juris & de jure, & probatione, quatenus contra illam admittatur, scil. de confessione, notorietate &c. tradunt Menochius & alii.

§. 235.

De concursu præsumtionum juris generaliorum & specialiorum remissive.

Quod præsumtiones juris specialiores generalioribus præferendæ sint, & quod tum generaliores præsumtionum hominis remotiorum naturam induant, supra jam Cap. II. dictum fuit, adeoque, quæ ibi hac de re fusius pertractata sunt, ideo evolvenda & huc referenda erunt, quo B. L. videat, quemnam effectum utraque producat.

§. 236.

§. 236.

Præſumtiones facti alium effectum producunt in cauſis criminalibus, iisque capitalibus, alium in non capitalibus vel & civilibus.

Progredimur jam ad præſumtiones facti vel hominis, paucis indagaturi, quemnam effectum hæ præſumtiones producant? Diverſum eſſe huncce effectum, pro diverſitate cauſarum, nemo eſt, qui neget, vel parum LL. & Juris noſtri ſcientia imbutus. Alium enim producunt effectum in criminalibus, alium in civilibus cauſis, alium in negotiis civilibus arduis, v. gr. matrimonialibus, alium in minus arduis &c. hinc de ſingulis caſibus pauca dicemus. Quantum ad cauſas criminales, præſertim capitales, attinet, quadrat huc notiſſima illa Juris Regula, *quod nemo ultimo ſupplicio affici poſſit, niſi criminis per probationes luce meridiana clariores convictus ſit* (*a*); Exceptis quibusdam criminibus difficilioris probationis, & quæ utplurimum clam perpetrari ſolent, adeoque non aliter facile, quam per conjecturas, probari poſſunt (*b*); ante omnia autem de corpore delicti conſtare debet (*c*), in quo, ſi defectus reperiatur, ad ultimum ſupplicium procedi nequit, ſed tunc ſubintrat pœna extraordinaria, modo gravior, modo levior, pro atrocitate delicti imputati & gravitate præſumtionum, quibus corpus delicti probatum eſt (§. 227.). Ex præmiſſis fluit Regula: *In cauſis capitalibus regulariter non ſufficit, Reum per conjecturas ſolas convictum eſſe, ſed requiruntur probationes plenæ, vel per teſtes, vel per inſtrumenta, vel & per confeſſionem* (*d*); adeoque heic juramentis ſuppletorio & purgatorio locus non eſt, nec ſufficit, ſi ſaltem de facto per aliquot Requiſita, licet concomitantia & eſſentialia, conſtet.

(*a*) L. ult. C. de probat. B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 3. n. 6. ſq. & DD. paſſim.

(*b*) Talia ſunt v. gr. adulterium, Carpzov, in Prax. Crim. quæſt. 114. n. 35. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 14. n. 184. Sodomia, Carpzov, in Prax. Crim. quæſt. 76. n. 50. ſqq. B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 100. n. 20. ſqq. Et in genere omnia delicta carnis, porro crimen falſi, B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 73. n. 141. ſqq. & Reſp. 75. n. 158. Crimen Simoniæ, Menochius, de præſumt. L. 1. quæſt. 58. n. 4. Crimen hæreſeos, C. 7. de hæret. in 6to. Expoſitionis infantum; Menochius, d. l. n. 7. &c.

(*c*) B. Dn. D. Harpprecht, in Reſp. 36. n. 36. ſqq. Reſp. 55. n. 10. Licet etiam ſaltem tortura decernenda ſit, nihilominus de corpore delicti antea legitime conſtare debet. Ord. Crim. Carol. art. 6. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 34. n. 84. Imo ne ad ullum quidem actum deveniri poteſt, niſi antea Corpus delicti ſatis repræſentatum ſit; B. Dn. D. Harpprecht, in d. Reſp. 36. n. 37. Quomodo autem in hoc vel illo crimine, præſertim in criminibus carnis, de corpore delicti conſtare debeat? de eo videri poſſunt Criminaliſtæ paſſim.

(*d*) Ord. Crim. Carol. art. 22.

§. 237.

Regula pro præſumtionibus hominis vel facti in cauſis criminalibus.

Licet igitur in Criminalibus, ſi Reus capite plectendus ſit, requirantur probationes ſole meridiano clariores (§. 236.); non tamen ideo ſequitur, ut in illis plane nullum effectum producat probabilitas juridica; pro gravitate enim & pondere harum præſumtionum, ſi de corpore delicti conſtet (§. 236. not. c.), diverſi prodeunt effectus; ſic leviſſimæ conjecturæ, etiam remotæ, locum dant inquiſitioni generali (*a*), paullo graviores, inquiſitioni ſpeciali (*b*); imo tales, quæ ſemiplenam ad minimum probationem conſtituunt, ſufficiunt ad eum effectum, ut tortura decerni poſſit (*c*).

(*a*) Cap. 17. X. de accuſat. Menochius, de præſumt. L. 1. quæſt. 87. n. 5.

(*b*) V. gr. communis fama, mala fama in genere, ſi v. gr. concurrat circumſtantia antecedens &c. vid. ſupra (§. 94. not. a.), add. Menochius, de præſumt. L. 1. quæſt. 88. n. 21. ubi plura indicia, ad inquiſitionem ſpecialem ſufficientia, recenſentur.

(*c*) Ord. Crim. Carol. art. 23. verb: Aber, ſo die Hauptſach der Miſſethat mit einem guten Zeugen bewieſen, dieſelb, als eine halbe Beweiſung, machet eine genugſame Anzeigung ꝛc. add. art. 30. Menochius, de præſumt. L. 1. qu. 89. n. 3.

§. 238.

Quales requirantur præſumtiones ad inquiſitionem ſpecialem?

Ex antecedentibus facile patet, ad inquiſitionem ſpecialem decernendam requiri præſumtiones non nimium vagas, ſed ad minimum requiri communem famam, non tamen præciſe requiri tales præſumtiones, quæ ſemiplenam probationem conſtituunt, ſed minores admitti; ſic v. gr. ſufficit mala vita anteacta, ſi concurrat quædam ſuſpicio, ex ipſis facti individualibus circumſtantiis petita, licet antecedens (§. 99.); v. gr. ſi quis ſit vitæ malæ anteactæ, & viſus ſit in via ad locum, in quo delictum perpetratum fuit &c. *& ſic v. gr. omnis circumſtantia antecedens, vel & conſequens, v. gr. fuga* (*a*), *ſufficit ad inquiſitionem ſpecialem, modo perſona talis ſit, ut hæc ſuſpicio non per alias elidatur, v. gr. perſona ſit honeſtiſſimæ vitæ, nec læſo inimica, vel fuga ex alia forte cauſa, eademque probabili, ſubſecuta ſit* (*b*).

(*a*) Menochius, de præſumt. L. 1. qu. 88. n. 21.

(*b*) Conf. ea, quæ tradit Id Menochius. d. l. qu. 89. n. 36. ſqq.

§. 239.

Quales locum faciunt territioni?

Aliæ graviores ſuſpiciones, quæ proxime accedunt ad ſemiplenam probationem, v. gr. circumſtantiæ concomitantes, quandoque locum faciunt territioni, niſi aliæ ſint in contrarium, quæ has aliquatenus elidunt; vel & ſi ex modo probandi oriatur gradus probabilitatis ad ſemiplenam probationem proxime accedens (*a*).

(*a*) Si

(*a*) Sic huc ſpectat caſus, v. gr. ſi correus alium tanquam correum denunciet, aliæque concurrant conjecturæ quædam generales, v. gr. ſi Reus in tortura non expreſſe de hoc vel illo ſubjecto quæſitus ſit, aut unum vel alterum requiſitorum in art. Ord. Carol. 31. deficiat.

§. 240.

Quodſi jam præſto ſit probatio ſemiplena, ad minimum vel & major, cæteris paribus (*a*), decerni poteſt tortura; *& quo magis accedit probabilitas ad plenam probationem, eo major ſemper decerni poteſt gradus torturæ.* Hinc ex præmiſſis facile patet, quantæ utilitatis ſit, noſſe gradus probabilitatis, & habere certos characteres, ex quibus gravitas probabilitatis aliquo modo determinari poteſt. Quales torturæ ipſi?

(*a*) Non absque ratione addo, *cæteris paribus*; ut enim tortura decerni poſſit, requiritur, 1.) ut de corpore delicti conſtet; Ord. Crim. Carol. art. 6. L. 1. §. 24. ff. de SCto. Silan. B. D. Lauterb. in Coll. tit. de quæſt. §. 51. 2.) ut præſto ſit ſemiplena probatio; vid. ſupra (§. 237. not. c.) 3.) ut delictum ita comparatum ſit, ut probatum locum faciat ultimo ſupplicio, vel pœnæ corporis afflictivæ, eidemque gravi; inhumanum enim eſſet, ſi remedium eruendæ veritatis gravius eſſet, ipſa pœna aliquando decernenda; L. 1. pr. L. 8. pr. ff. de quæſt. Stryk, in Uſ. mod. §. 2. tit. de quæſt. Lauterbach, in Coll. d. tit. §. 48. 4.) ut perſona ita comparata ſit, ut tormentis ſubjici queat; hinc excluduntur valetudinarii, ægroti &c. Ord. Crim. Carol. art. 59. B. Dn. D. Harpprecht, Reſp. 28. n. 27. ſqq. Fœmina prægnans, puerpera &c. propter partum, Lauterbach, in Coll. dict. tit. de quæſt. §. 43. furioſi, mente capti, impuberes, Lauterbach, d. l. §. 42. & quidam denique in criminibus non admodum atrocibus propter dignitatem; Lauterbach, c. l. §. 44. & 45.

§. 241.

Præmiſſis hisce, brevibus diſpiciemus, quando probatio ſemiplena, ad torturam ſufficiens, præſto eſſe dici queat? adeoque ea, quæ Capite antecedente de graduum probabilitatis determinatione diximus, magis jam in ſuccum vertemus atque ſanguinem. Probabilitatem juridicam ſeſe exſerere poſſe vel circa objectum ipſum probandum, vel circa modum probandi, ſupra evicimus. Quoad objectum quodvis factum determinatur per ſuas circumſtantias vel antecedentes, vel concomitantes, easdemque vel eſſentiales, vel extraeſſentiales, vel conſequentes (§. 99.). Quævis circumſtantia, ſi ſcilicet in ſuo genere rite probata ſit (*a*), facit indicium modo gravius, modo levius, pro ejus qualitate, ſupra (§. 100. ſqq.) recenſita. Jam igitur determinandum erit, qualis circumſtantia conſtituat probationem ſemiplenam? id forte ex caſibus in Ordinatione Carolina hinc inde recenſitis facile patebit. Ex quibus colligimus Regulam: *Circumſtantia concomitans,* Quando probatio ſemiplena dicatur, præſertim ubi conſideratur probabilitas juridica, quatenus ſeſe exſerit circa objectum probandum?

 eademque

eademque essentialis, constituit semiplenam probationem, & torturæ locum facit (b).

(a) Ord. Crim. Carol. art. 30. verb: Aber, so einer etliche Umstände, Wahrzeichen, Anzeigung, Argwohn oder Verdacht beweisen will, das soll er zum allerwenigsten mit zween guten, tüglichen, unverwerfflichen Zeugen thun. ibique DDres. add. Menochius de præsumt. L. 1. qu. 91. n. 2. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. d. tit. de quæst. §. 23.

(b) Quodsi enim singula indicia, ad torturam sola sufficientia, in singulis criminibus conferamus, apparebit, Imperatorem semper supponere, ut constet de circumstantia quadam concomitante essentiali. Percurramus hæc indicia brevibus: In homicidio clam perpetrato indicium ad torturam sufficiens recensetur illud, *si reus a) tempore homicidii, b) Suspectus, v. gr. in loco delicti, vel prope illum, (ecce circumstantias concomitantes!) c) vestibus sanguine perfusis, vel cum armis, (en circumstantiam concomitantem essentialem!) visus sit*, art. Ord. Crim. 33. vel si res, quæ occisi fuerant, apud aliquem deprehendantur; *nonne enim hoc est latrocinii indicium essentiale?* add Ord. Crim. 38. Sic porro homicidii publice commissi indicium ad torturam sufficiens dicitur, si a) reus prope occisum fuit, *(en circumstantiam concomitantem!)* b) armis instructus, quibus occisum petiit, art. Ord. Crim. 34. *(en eandem essentialem!)* Sic infanticidii vel clandestini partus (quippe ex quo, in hoc delicto difficulter probando, colligitur infanticidii crimen, Magnif. Dn. D. Schœpf, in Diss. de Infanticid. præsumto, §. 11.) indicium ad torturam sufficiens est, si visa fuerit mulier utero intumescente, cum aliis graviditatis indiciis, mox cessaverit tumor, & obstetrices vel Medici illam prægnantem fuisse affirment, & hoc casu torqueri potest, licet amplius de corpore delicti non constet. Magnif. Dn. D. Schœpf, c. l. Ord. Crim. Carol. art. 35. *nonne hæ circumstantiæ sunt concomitantes & essentiales graviditatis & partus clandestini?* eadem ratione indicium partus clandestini habetur, si lac in mamillis reæ fuerit repertum, idque sufficiens ad torturam, art. Ord. Crim. 36. cur? *est enim hæc iterum circumstantia concomitans atque essentialis graviditatis & partus clandestini.* Sic porro criminis veneficii indicium ad torturam sufficiens est, si reus venenum emerit, nec ejus sufficientem rationem allegare possit, & sit persona levis, vel occiso inimica, vel & si venenum emerit, & hoc coram Magistratu negaverit? art. Ord Carol. 37. *nonne hæ circumstantiæ sunt concomitantes & essentiales veneni propinati?* Sic criminis rapinæ indicium sufficiens dicitur, si res ablatæ apud reum deprehendantur, nec hic titulum vel auctorem allegare queat; art. Ord. Crim. 38. *Nonne vero res ablata criminis rapinæ requisitum vel circumstantia concomitans & essentialis est?* quo & facit art. 39. verb: und nicht solche redliche Dienst, Handthierung oder Gült, die sie haben, anzeigen können rc. Sic incendii indicium ad torturam sufficiens perhibetur illud, si quis, brevi ante incendium exortum, materiam combustibilem & ad hunc finem idoneam secum habuerit; art. Ord. Carol. 41. *Nonne itidem hæc est circumstantia concomitans, eademque essentialis?* Idem judicium esto de indiciis proditionis, furti, Magiæ &c. quæ artic. 42. 43. & 44. recensentur. Unicus articulus ejusd. Ord. Crim. 29. videtur obstare, ubi indicium ad torturam sufficiens dicitur, si in loco delicti aliquid reperiatur, quod Rei fuit, & quod Reus proxime ante delictum perpetratum secum tulit. Heic

enim

enim præsto esse videtur circumstantia concomitans quidem, sed non essentialis, concomitans ideo, quia ex re reperta concluditur ad ejus possessoris præsentiam in loco delicti, quæ præsentia sane est circumstantia concomitans, sed non essentialis, ideo, quia heic supponi videtur res, quæ forte in ipsum delictum perpetrandum non habet influxum; add. Lauterbach, in Coll. tit. de quæst. § 23. sed solam hanc circumstantiam, nisi alia concurrant indicia, v. gr. si vita male anteacta non concurrat, vel inimicitia &c. ad torturam sufficere haud arbitror; quodsi enim ipsa Rei præsentia in loco delicti, nisi concurrat circumstantia essentialis, per deducta, sola ad torturam non sufficiat, cur sufficeret saltem, si v. gr. vestis, annulus &c. ibi deprehendatur, quæ tamen circumstantia ideo saltem facit præsumtionem, quia Rei præsentiam in loco delicti arguit? annon facile accidere potuit, ut transiens per talem locum delicti aliquid perdiderit? aliud dicendum, si reperta sint instrumenta ad perpetrandum delictum quæst. apta; tum enim præsto est circumstantia essentialis? Quicquid sit, ad minimum valde levis torturæ gradus hoc casu decerni poterit.

§. 242.

Quantum ad gradum probabilitatis ex modo probandi oriundum attinet, ex præmissis in Cap. III. facile patebit, quando præsto sit semiplena probatio, adeoque quando tortura decerni possit? Sic v.gr. per supra dicta confessio extrajudicialis non acceptata semiplene probat (§. 121. not. b.), & hinc locum dat torturæ (*a*). Quantum e. gr. ad confessionem judicialem attinet, tria posuimus ejus requisita (§. 115.). Quodsi jam confessio in judicio facta sit, statim plene probabit, nec opus erit torrura; in Criminalibus enim, & Processu Inquisitorio, nullus est adversarius, qui confessionem acceptare possit, vel & Judex ex officio confessionem acceptare tenetur; ponamus, confessionem factam esse coram *Judice incompetente*, facile patet, *summum gradum torturæ posse decerni;* Cum enim confessio extrajudicialis locum faciat torturæ, multo magis torturæ locum faciet confessio non coram personis plane privatis, sed coram Judice, licet incompetente, facta; gradus enim hic est semiplena probatione major. Ponamus, personam fuisse inhabilem, & distinguendi erunt diversi casus; aut enim confitens plane fuit inhabilis, ut mente captus, furiosus &c. & plane nihil operabitur confessio, *aut secundum quid*, v. gr. pupillus, *& confessio erit semiplena probatione minor* (*b*), aut minor, & in Criminalibus plene probabit, sicut & fœminæ confessio (*c*).

Quando eadem dicatur præsto esse, si quæritur de probabilitate juridica, quatenus sese exserit circa modum probandi?

(*a*) Ord. Crim. Carol. art. 32. Menochius, de præsumt. L. 1. qu. 89. n. 14. sqq. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de quæst. §. 26. Coccejus, in Disp. de eo, quod justum est circa inquisitionem in Auctorem rixæ, Cl. 2. §. 6. & 15.

(*b*) Pupillus enim regulariter nec in criminalibus confiteri potest, nec, licet confessus, torquendus est; L. 10. princ. ff. de quæst. L. 1. §. 33. ff. ad SCt. Silan. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de quæst. §. 42. Quia tamen non

plane nihil operatur ejus confeſſio, quæritur: quantum forte gradum probabilitatis efficiat? & Reſp. *regulariter ſemiplena probatione minorem;* cum enim is, qui 25. annum complevit, omnino abſolute confeſſione ſua ſibi præjudicare poſſit, non dubitandum eſt, illum, qui ne dimidiam quidem partem hujus ætatis complevit, non tantum confeſſione ſua ſibi detrimenti inferre poſſe, ut inde prodeat gradus probabilitatis, ſemiplenæ probationi æqualis. Licet eatenus in Criminalibus Exceptio ſit, ut & minor 25. annis ſibi præjudicare poſſit confeſſione ſua, privilegium enim hoc odioſum ad caſus non expreſſos non eſt extendendum, nec igitur ideo, quia minores 25. annis confeſſione ſua ſibi præjudicant, idem etiam ad minores 14. annis extendendum eſt, ut, v. gr. cum in Civilibus horum confeſſio conſtituat gradum probabilitatis ſemiplena probatione minorem, in Criminalibus, ex eadem analogia, hac majorem efficiat probabilitatis gradum; ſed potius in hisce regulæ erit eo magis inhærendum, quia, per probata, conſtat, impuberes ne quidem propter judicialem, multo minus propter extrajudicialem confeſſionem torqueri poſſe, adeoque Jus & Praxis hanc noſtram theſin corrroborant atque confirmant.

(*c*) Carpzov, in Prax. Crim. quæſt. 118. n. 33. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de confeſſis, §. 7. Idem. tit. de quæſt. §. 42. Menochius, de præſumt. lib. 1. qu. 89. n. 22.

§. 243.

Continuatio prioris.

Sic porro v. gr. teſtis unicus omni exceptione major, qui de facto principali deponit, ſemiplenam efficit probationem (§. 173.), adeoque torturæ locum facit (*a*). Et ſic porro per ſingulos probationis modos facile eſſet, repetere cunctos caſus, in quibus ſemiplena probatio præſto eſt; ne vero eadem ſemper recoquamus, remittimus Lectorem ad anteced. Cap. III. quod, ſi cum attentione legerit, facile poterit judicare, quonam in caſu tortura decerni queat, nec ne? Sic & concurrentibus quibusdam præſumtionibus facile patet majorem fieri probabilitatis gradum, adeoque & magis torturæ locum eſſe. Quandoque & ſeſe elidere poſſunt, & tum ex antecedentibus itidem facile erit judicatu, quænam præſumtio fortior ſit, & quantum circiter illi per alteram contrariam probabilitatis detrahatur (*b*).

(*a*) Ord. Crim. Carol. art. 30. Menochius de præſumt. L. 1. d. quæſt. 89. n. 5. 6. ſqq. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de quæſt. §. 23.

(*b*) Sic aliquando ſaltem conſtat de circumſtantia quadam, ſive antecedente, ſive concomitante, ſive conſequente, eadem autem non ſatis eſt probata, & hinc fit probabilitatis gradus minor, quam ſi rite probata eſſet (§. 105.). E. gr. circumſtantia concomitans eſſentialis ſemiplene probat (§. 241.); Sin hæc per unicum omni exceptioe majorem teſtem probata ſit, gradus probabilitatis inde redundans erit medius inter ſemiplenam probationem, & nullam; & ſic porro; Sic confeſſio extrajudicialis legitime probata efficit ſemiplenam probationem; ſin vero per unicum ſaltem teſtem omni exceptione majorem probata ſit, gradus itidem erit medius inter ſemiplenam probationem, & plane nullam proba-

probationem. Sic, si hæc confessio probetur per Protocollum Notarii absque testibus confectum, vel ab Actuario, Judice non præsente, scriptum (§. 156. & 161.), gradus probabilitatis erit itidem inter semiplenam probationem, & nullam plane probationem medius; duo enim casus modo dicti per se semiplene probant hanc confessionem extrajudicialem, & hæc per se, si probata sit, efficit semiplenam probationem, adeoque in toto præsto erit dimidius gradus semiplenæ probationis. Quid, si de confessione rei constet ex Protocollo judiciali, in præsentia Judicis conscripto, sed ab Actuario non jurato, quia heic præsto est confessio judicialis, quæ per se plene probat, per demonstrata, tantum huic plenæ probationi decedit, quantum hujus Protocolli fidei decedit, propter defectum Actuarii jurati, h. e. probabilitatis gradus erit semiplena probatione major (§. 156.) & summo torturæ gradui locum faciet, si forte Reus retractet confessionem suam. Imo quandoque & examinantur Rei coram solo Judice vel Præfecto, & tum Protocollum hujusmodi officialis itidem plene probat, & confessio habetur pro judiciali, adeoque non torturæ, sed ultimo supplicio ipsi locum facit (§. 155. not. a.). Sufficiant hæc de Effectu, Usu & Applicatione Præsumtionum in Criminalibus; prudens facile, occasione hactenus dictorum, in aliis casibus, qui heic specialiter inseri nequeunt, judicium ferre poterit. Hinc jam accedimus ad Effectum harum Præsumtionum in Causis Civilibus.

§. 244.

De effectu probabilitatis juridicæ in Causis Civilibus.

Ex præmissis effectus, quem probabilitas juridica in Causis Civilibus parit, facile intelligitur. Quod enim in Criminalibus supplet tortura, id in Causis Civilibus supplent juramenta, vel suppletorium, vel purgatorium (*a*). Aut igitur actor intentionem suam plene probavit, aut non: Si prius, Reus erit condemnandus, nisi Reus actoris probationes aliis probationibus eliserit (*b*); si posterius, aut actor semiplene aut minus quam semiplene probavit, *casu priori admittitur ad juramentum in supplementum*, nisi causa sit admodum ardua, ut matrimonialis &c. (*c*), *vel si actor notitiam nullam vel exiguam facti habeat* (*d*), *quo casu potius ad elidendam ejus semiplenam probationem Reus admittitur ad juramentum purgatorium* (*e*); *sicut & casu posteriori, si actor minus quam semiplene probaverit* (*f*); *Sin nec reus sufficientem facti notitiam habeat, adeoque neuter jurare possit*, *Reus erit absolvendus*, ex regula generali: *actore non sufficienter probante*, *Reus est absolvendus* (*g*).

(*a*) Ill. Bœhmer, in sæpe laud. Diss. de Collis. Præsumt. c. 2. §. 13. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 23. n. 42. & in Cons. nov. 61. n. 67.

(*b*) L. 5. pr. ff. de probat. L. 4. C. de edend. B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de probat. §. 41.

(*c*) Gail, L. 1. Obs. 108. n. 11. & L. 2. Obs. 94. n. 8. B. D. D. Lauterbach. in Coll. tit. de Jurejur. §. 77. Idem, in Tract. Synopt. de Juram. necess. §. 6. n. 94. & 95. B. Dn. D. Harpprecht, in Cons. nov. 61. n. 65. sqq.

(*d*) B. Dn.

(*d*) B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 23. n. 38 sqq. ut enim de credulitate jurare possint, solis regulariter mercatorum hæredibus ad supplendos libros mercatorum permissum est. Idem, c. l. n. 61. add. ejusd. Consil. Tubing. 75. n. 565.

(*e*) C. 3. §. ult. X. de probat. L. 188. ff. de R. J. B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 27. n. 115. & passim.

(*f*) B. Dn. D. Lauterbach, in Coll. tit. de Jurejur. §. 47.

(*g*) B. Dn. D. Harpprecht, Cons. nov. 23. n. 68.

§. 245.

Ejus applicatio.

Quando dicatur præsto esse probatio semiplena, vel hac major, vel minor, ex anteced. Cap. III. patet. Quando igitur alterutrum juramentorum modo recensitorum locum habeat? prudens Judex, vi Regularum in anteced. (§. 244.) datarum, facile dijudicare poterit. Sicut & ex graduum determinatione, de qua studio in Cap. III. fusius egimus, facile colligere poterit, quænam probabilitas in casibus singulis obviis altera major, adeoque alteri præferenda sit, & quantum probabilitatis circiter fortiori, in collisione cum debiliori, remaneat? Nec non heic duæ forte præsumtiones, quarum utraque semiplenam probationem efficit, conjungi possunt, ita, ut plenam constituant probationem, secus ac in criminalibus (§. 236.). Jam vero, pertractata hac materia, quantum per temporis & apparatus librarii angustiam, nec non virium imbecillitatem, & reliquas occupationes licuit, huic nostræ Tractationi imponimus

F I N E M!



